

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÉORIE GÉNÉRALE DU RETRAIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 23 mars 1898, à 3 h. 1/2.

PAR

ULRIC DELCOURT

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur,
Suffragants { MM. J. LAISNÉ DES HAYES, professeur,
L. LE FUR, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE et FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898





THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÉORIE GÉNÉRALE DU RETRAIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 23 mars 1898, à 3 h. 1/2.

PAR

ULRIC DELCOURT



Président : M. AMBROISE COLIN, *professeur*,
Suffragants { MM. J. LAISNÉ DES HAYES, *professeur*,
L. LE FUR, *agréé*.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

Témoignage de sincère reconnaissance et d'amour filial.

A MA FEMME

A MES FRÈRES ET A MA SOEUR

A MES MAITRES

ET

A MES AMIS

INTRODUCTION

La législation comprend des règles de deux catégories : les unes répondent à des besoins permanents, à peu près constamment les mêmes dans tous les temps et dans tous les pays ; elles ont un caractère marqué de stabilité. Les autres sont destinées à satisfaire des besoins variables avec les conditions de civilisation, et l'état social de chaque peuple, c'est-à-dire ce qui de sa nature est plus ou moins mobile et changeant. Au contraire des précédentes, elles sont essentiellement contingentes et différentes les unes des autres.

Très utiles tant qu'existent les causes qui les ont produites, elles perdent leur raison d'être, quand ces causes se sont atténuées ou ont cessé complètement d'exister : appelées alors elle-mêmes à disparaître, elles peuvent cependant survivre plus ou moins longtemps au milieu et aux circonstances où elles ont pris naissance, et elles constituent alors dans l'ensemble de la législation une anomalie et un élément disparate.

La vente, l'échange, le partage, la plupart des contrats, appartiennent à la première catégorie. Les retraits, dont nous avons à nous occuper, doivent être en principe rangés dans la seconde.

Dans le sens le plus général de l'expression, le mot re-

trait signifie l'acte par lequel une personne prend une chose à un acquéreur, en lui remboursant le prix de son acquisition. Ainsi entendue, l'idée de retrait se réalise dans des opérations très variées, qui peuvent toutefois se ramener à deux types principaux, selon la qualité de celui qui opère le retrait :

1° L'auteur du retrait n'est autre que l'aliénateur lui-même ; il restitue le prix à l'acheteur, et se fait rendre la chose aliénée. Ce retrait n'est qu'une application particulière de la clause résolutoire, si usitée dans le contrat de vente. Le réméré en offre un exemple bien connu.

Quoique confondu souvent avec les autres cas de retraits dans l'ancien droit français, il n'en est pas moins essentiellement distinct : simple application du droit commun, soumis seulement à quelques règles spéciales, il n'est pas désigné sous ce nom dans le Code civil, et rentre dans la théorie générale des obligations.

2° Le retrayant est une tierce personne étrangère au contrat primitif. Pour en exprimer l'idée générale, telle qu'elle se dégage des différentes applications qu'on en rencontre dans l'histoire du droit, on peut le définir : l'acte par lequel une personne se substitue à une autre dans un contrat, de manière à prendre pour elle, les droits et les obligations qui en résultent. Maintien du contrat primitif ; remplacement de l'une des parties par un tiers, d'abord étranger à la convention, voilà, en effet, les deux traits essentiels de cette institution. Soit une vente consentie par Primus à Secundus, et dans laquelle

la place de ce dernier sera prise par Tertius : Primus sera le cédant ; on appellera Secundus cessionnaire ou retrayé, selon qu'on l'envisagera dans sa qualité d'acquéreur, ou que l'on considérera l'éviction spéciale dont il est l'objet ; le mot de retrayant indiquera le rôle joué par Tertius. Tel est bien le retrait véritable, tel que nous le définissent nos anciens auteurs.

« Le droit de retrait, d'après Pothier, n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur à sa place. Il ne tend pas à rescinder et détruire le contrat, mais à subroger en tous les droits, résultant du contrat, la personne du retrayant à celle de l'acheteur, sur qui le retrait est exercé » (1).

Maillart (2) définit le retrait : « Le retrait, en général, est une faculté, introduite par la bienséance, la convention ou la coutume de la situation, lorsqu'il s'agit de fonds, ou du domicile du vendeur, lorsqu'il s'agit de meubles, ou de droits incorporels mobiliers, accordée à une ou plusieurs personnes successivement de se faire subroger à la place de l'acheteur de la chose sujette à retrait, en remboursant à l'acheteur dans le temps fixé le prix principal, les frais et loyaux coûts légitimement faits à l'occasion de l'achat, et à la charge de requérir cette subrogation dans le temps fixé par la coutume ou la convention. »

Maillart, à la différence de Pothier, reconnaît l'exis-

1. Pothier, *Traité des retraits*, numéro 1.

2. Maillart, *Sur la coutume d'Artois*, titre III, n° 5.

tence de deux sortes de retraits, l'un légal, l'autre conventionnel, cela résulte très nettement des deux mots contenus dans sa définition : « La coutume et la convention ».

Il suffit de rapprocher les définitions que nous avons données de chacun de ces retraits, pour se convaincre qu'ils sont essentiellement différents. Le retrait conventionnel ne présente pas de dérogations spéciales au droit commun ; nous n'avons pas à nous en occuper. Le retrait légal, au contraire, offre des particularités, qui lui donnent une place à part dans la théorie des droits réels et personnels. C'est lui qui doit être l'objet de cette étude.

Ce qui le caractérise, c'est la nature de la faculté reconnue au retrayant. Une personne étrangère à une convention va prendre la place de l'une des parties contre le gré de cette dernière, qui se trouve ainsi l'objet d'une véritable expropriation pour intérêt privé, analogue à l'expropriation pour utilité publique par ses effets, bien qu'elle en diffère essentiellement par les causes et les circonstances. Dans quelque hypothèse qu'elle s'exerce, une faculté aussi exorbitante implique l'idée d'un droit supérieur sur la chose, droit plus ou moins précis et reconnu d'autre part par la loi, mais dont cette faculté est la manifestation exceptionnelle. Or, ce droit supérieur n'est possible qu'à une condition : c'est que la propriété de la chose ne soit pas entière entre les mains des parties, soit qu'elle ait été effectivement démembrée, soit que par une fiction légale, le législateur l'ait, au

moins dans ce cas, considérée comme telle. L'existence d'un droit de retrait implique donc plus ou moins, la reconnaissance d'une propriété collective à la famille ou à un groupe plus large, une décomposition en tenure et en domaine éminent, ou même simplement un état d'indivision, comme celui que reconnaissent le Droit romain et le Code civil.

La théorie des retraits et celle de la propriété se trouvent ainsi dans le plus étroit rapport, et s'éclairent l'une par l'autre. La loi veut-elle le maintien de la pleine et entière propriété, comme dans le droit romain classique et dans le droit français moderne? La faculté de retrait sera nulle ou exceptionnelle. Se prête-t-elle, au contraire, aux démembrements de ce droit, et à la séparation indéfinie de ses différents attributs, comme dans le droit féodal? La matière des retraits sera aussi riche que les divers droits réels seront nombreux. A elle seule cette remarque explique toute l'histoire des retraits : Le droit romain en a tout au plus entrevu l'idée. L'ancien droit français les a multipliés sans mesure. Formé d'emprunts faits à ces deux sources, le Code civil en a admis quelques-uns, par une sorte de transaction entre l'idée féodale et l'idée romaine, où cette dernière toutefois l'emporta de beaucoup.

Nous proposant d'exposer la théorie des retraits dans le Code civil, nous sommes ainsi amenés à diviser cette étude de la manière suivante :

I. L'historique de la question, où nous établirons par

l'exposé des faits, la corrélation entre la nature de la propriété et l'institution des retraits.

II. Les règles spéciales à chacun des trois retraits admis par le Code civil, à la place des nombreux retraits de l'ancien droit.

III. Les questions communes, que soulève l'application de ces trois retraits, et dont la solution, ordinairement la même, est quelquefois aussi différente pour chacun d'eux.

IV. L'appréciation législative de la théorie du Code, en nous servant des législations étrangères, dont l'examen nous fournira une nouvelle confirmation de notre remarque, où nous nous efforcerons de déterminer dans quelle mesure les retraits méritaient encore d'être conservés, ou au contraire auraient dû être abandonnés.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

I. — DROIT ROMAIN

L'organisation de la propriété à Rome excluait de sa nature l'idée même du retrait. Malgré la complication, que lui donna pendant l'époque classique la juxtaposition du droit civil et du droit prétorien, la propriété romaine, en effet, que ce fût la *quiritaire*, la *bonitaire* ou celle du droit des gens, constituait pour les particuliers, un droit complet, un, absolu. Elle est en opposition complète avec la propriété féodale, et n'offre rien qui puisse être comparé à la division de celle-ci, en domaine éminent et en tenures.

Ce n'est point que la propriété romaine n'ait passé, elle aussi, par la forme collective, dont la réapparition au moyen âge, devait engendrer un des plus importants retraits de notre ancien droit, avant d'arriver à la forme individuelle, sous laquelle elle se présente dans les écrits des jurisconsultes. Le droit romain classique contient, au

contraire, des traces très visibles d'une ancienne copropriété familiale :

C'est d'abord la formule si caractéristique de l'interdiction : « *Quando tibi (tua) bona paterna avitaque, nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* » (1).

Le préteur donne un curateur à ceux qui dissipent les biens de leurs pères et de leurs ancêtres, biens qui étaient aussi les leurs, ainsi qu'en témoigne l'expression *tibi*, pour *tua*, figurant dans le texte ; et ruinent ainsi leurs enfants en dilapidant un patrimoine appartenant aussi à ces derniers : S'il en était autrement, et si le dissipateur en était le propriétaire exclusif, de quel droit le préteur interviendrait-il dans l'administration de ce patrimoine, et empêcherait-il le propriétaire d'en disposer à son gré ?

C'est encore l'institution si remarquable et si originale des *heredes sui*. La théorie des héritiers siens, qui trouve son développement au livre II, titre XIX, paragraphe 2 des Institutes, résulte de la condition juridique, faite à Rome aux fils de famille, dans leurs rapports avec le *pater familias*. La loi considère la famille comme une société, au sein de laquelle l'exercice de tous les pouvoirs appartient au *pater familias*, qui agit et commande dans l'intérêt de tous. Les *Sacra* sont communs à tous ses membres, qui sont également tous copropriétaires du patrimoine, administré par le père ; de sorte que quand

1. Sentences de Paul, livre III, titre IV (A) « *De testamentis* », parag. 7.

celui-ci vient à mourir, les fils de famille en recueillant sa succession n'acquièrent pas un droit nouveau, mais prennent au contraire l'administration d'un patrimoine qui leur appartenait déjà : Ils sont en quelque sorte leurs propres héritiers, « *heredes sui* » (1).

Mais ces règles n'étaient que la manifestation incomplète d'un état de choses, disparu depuis longtemps, et qui n'était pas encore revenu. L'institution du retrait ne devait pas en être la conséquence, à l'époque classique.

Il ne serait cependant pas exact de croire que le droit romain n'ait rien connu qui ressemblât à cette institution. Avant le commencement et après la fin de l'époque impériale, en effet, la notion de la propriété romaine était loin d'être aussi simple qu'elle le semble, comparée à la propriété germanique. Au début de cette période, elle n'était pas tellement éloignée de sa forme primitive, qu'il ne pût en résulter des conséquences importantes. A la fin, l'intervention prétorienne, par la création de la superficie et de l'emphytéose, avait fait reconnaître un démembrement de l'ancien *dominium* quiritaire, inconnu à l'époque précédente. Aussi voyons-nous en vigueur à ces deux dates deux règles qui offrent avec la pratique du retrait une relation incontestable : La première peut être considérée comme la survivance, plus ou moins reconnaissable du droit ancien. La seconde, comme la révélation et la conséquence du droit nouveau.

1. Dig. Loi 11, livre XXVIII, titre II. « *De liberis et posthumis heredibus institutendis* ». Gaïus, comment. II, parag. 157.

A l'époque du Bas-Empire, on trouve une constitution au Code (1), faisant allusion à une espèce de retrait lignager, et qui prévoit l'hypothèse suivante : Un propriétaire a vendu une terre, et l'acheteur est entré en possession ; les droits des *proximi, consortesque* restent intacts, et ceux-ci pourront pendant un certain laps de temps annuler le marché et reprendre la terre, en excluant l'étranger ; il leur suffira à tous, ou à quelqu'un d'entre eux, de rembourser le prix de l'immeuble. Cette institution sauvegardait les droits de la communauté à l'époque de la propriété collective, communauté qui tendait à disparaître à mesure que se développait la propriété individuelle.

La Constitution 14 du Code, due aux empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, ne parle de cette faculté, que pour faire savoir aux citoyens de l'Empire, qu'elle serait désormais refusée.

L'emphytéose offre le second exemple d'un véritable retrait. Une loi de Justinien, renfermée au Code (2) nous révèle l'existence d'un droit de préférence, accordé au bailleur emphytéotique, sur l'immeuble qu'il a donné en emphytéose à un preneur emphytéotique. On reconnaissait à ce dernier, bien que fort souvent, il ne détint la chose que temporairement, la faculté de vendre son droit à un étranger : C'est afin d'atténuer ce droit, un peu excessif du preneur, que Justinien, dans la loi citée,

1. Constitution 14. « *De contrahenda emptione* » livre IV, titre 38.

2. Loi 2, livre IV, titre 66. « *De jure emphyteutico* ».

ordonne à celui-ci lorsqu'un acheteur se présenterait, de faire connaître au bailleur les conditions du marché et le prix offert : le bailleur pouvait alors, moyennant le paiement de cette somme, écarter l'acquéreur étranger, auquel il était par conséquent préféré.

Le *jus prælationis*, attribué au bailleur emphytéotique, présente certains caractères communs avec le retrait conventionnel, et l'on serait tenté de chercher dans la loi de Justinien le point de départ de cette sorte de retrait, s'il n'existait entre ces deux facultés une différence essentielle : Le *jus prælationis*, accordé par la loi romaine, s'exerçait *in re vendenda*, et empêchait l'exécution d'une convention sur le point d'intervenir entre le preneur emphytéotique et un acquéreur étranger ; le retrait conventionnel résultait d'un *jus prælationis*, exercé *in re vendita* ; le droit de préférence reconnu au vendeur, ne se manifestait qu'après la réalisation de la convention, donnant lieu au *jus prælationis*.

Mais si le droit romain n'offre que des exemples peu caractéristiques de retraits, l'influence en devait être cependant considérable sur le développement postérieur de cette théorie. Il contenait en effet certaines règles, destinées à devenir l'origine de deux retraits des plus importants de la période suivante. Ce que ces règles autorisaient, n'était point la faculté de retirer ; quelques changements peu considérables ont cependant suffi pour l'en faire sortir.

Ces règles se ramènent à deux objets, qui ont entre

eux un commun rapport : 1° Le transport d'un droit litigieux, opéré par le demandeur ou le défendeur dans un procès ; 2° La cession de créance, même non litigieuse.

De bonne heure à Rome, l'on voit les empereurs se préoccuper du sort des plaideurs, et s'efforcer d'arriver à la diminution des procès, en améliorant certaines situations encore mal réglementées. Trois hypothèses attireraient particulièrement l'attention des jurisconsultes romains (1) :

1° Un défendeur, détenteur de la chose, qui fait, ou qui va faire l'objet d'un procès, l'aliène pour se soustraire au procès. Pour remédier à cette première situation, le préteur accorda au demandeur contre le défendeur qui avait aliéné, une action *in factum*, ayant pour objet d'obtenir satisfaction du préjudice, résultant de cette substitution d'adversaire. Cette action en dommages-intérêts était soumise à trois conditions : Il fallait qu'il y eût : 1° Une aliénation sérieuse ; 2° Dol de la part du défendeur, c'est-à-dire connaissance du procès qui le menaçait ; et enfin 3° préjudice éprouvé par le demandeur.

Plus tard, les empereurs étendirent à l'action en revendication les dispositions du senatus-consulte d'Adrien, relatives à la pétition d'hérédité, en permettant au demandeur d'exercer directement l'action *in rem* contre le

1. Doublet, *Revue pratique* 1860, tome IX.

défendeur primitif, sans tenir compte de la cession consentie par celui-ci à un tiers (1).

2° Il était nécessaire de protéger le possesseur, contre la cession, que ferait de ses droits le demandeur dans une action *in rem*, transmettant à une tierce personne l'action qui lui appartenait.

Voici quel était le moyen employé pour garantir le possesseur contre cette substitution de demandeur : *Item si fundum litigiosum, sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, apponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summo veris* » (2). Un édit d'Auguste, permettait dans ce cas au possesseur, d'opposer l'exception « Litigiosi », ayant pour but d'écarter toute autre revendication, que celle qui était déjà en question. Constantin se montra encore plus sévère, en proclamant la nullité d'une pareille cession ; en conséquence, les choses étaient remises dans leur état primitif.

3° Les mesures précédentes sauvegardaient l'intérêt des plaideurs dans l'hypothèse d'une action *in rem*. Quelles étaient les dispositions de la loi romaine dans l'hypothèse d'une cession de droits personnels ? Comment le débiteur contre lequel la créance avait été cédée, était-il protégé contre l'esprit de spéculation du cessionnaire ?

Une des premières constitutions tendant à restreindre les cessions de droits litigieux, est due à Constantin (3),

1. Digeste « *De rei vindicatione* » loi 27, livre VI, titre 1.

2. Gaius, commentaire IV, parag. 417.

3. Constitution 2, code livre VIII, titre 37. « *De litigiosis* ».

qui défend au demandeur de transférer, « pendente lite », les actions « *quæ in iudicium deductæ sunt, vel res pro quibus actor a reo detentis intendit* ». Constantin annulait toute cession, faite dans ces conditions.

Les empereurs Gratien Théodose et Valentinien, se préoccupèrent de la transmission des créances litigieuses, par disposition de dernière volonté, à quelque personne que ce fût, et décrétèrent, que si cette transmission avait lieu « *eamdem litem ipsi heredes peragant* », les héritiers soutiendraient eux-mêmes le procès (1).

Justinien dans la loi 4 (2) édicta des mesures plus rigoureuses encore; si au cours d'un procès, un plaideur vendait son action ou la chose en litige, il était puni d'une amende, et en outre l'acheteur perdait son prix au profit du fisc, s'il était de mauvaise foi; il n'en perdait que les deux tiers, s'il était de bonne foi.

Un titre du Code (3) porte cette rubrique: « *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare, vel in se transferre* ». Dans la loi 1 de ce titre, les empereurs Dioclétien et Maximien font mention d'une Constitution de Claude, interdisant à tout plaideur de transférer son action à un « potentior », c'est-à-dire à un homme puissant, capable par son crédit, d'intimider le juge ou la partie adverse: cette défense est renouvelée par les em-

1. Constitution III au code livre VIII, titre 37. « *De litigiosis* ».

2. Constitution 4 au code livre VIII, titre 37. « *De litigiosis* ».

3. Constitutions 1 et 2 au code livre II, titre 14. « *Ne liceat potentioribus* ».

pereurs Arcadius, Honorius et Théodose dans la loi 2 du même titre.

Cette première série de règles n'avait qu'un but : la meilleure administration de la justice, compromise par des transports, susceptibles de changer, au détriment de l'une des parties, les conditions d'un procès. Elles n'avaient donc d'application qu'aux droits véritablement litigieux. Mais il est une autre série de droits, dont la cession a un caractère exceptionnel; et ne s'explique que par l'hypothèse d'une contestation née ou à naître; ce sont les créances. Assimiler la cession de créances à la cession d'un droit litigieux, semblait dès lors tout naturel.

Ce n'est qu'à une époque assez tardive que les juriconsultes eurent à s'occuper de cette situation, car pendant très longtemps la cession des créances fut chose inconnue à Rome, par suite de leur caractère essentiellement personnel. On en vint cependant à se départir un peu de cette rigueur, et la cession de créances qui, déjà pouvait être réalisée au moyen d'une novation, put s'effectuer encore sous la forme d'un mandat. On dissimula sous l'apparence d'un « procurator » ou mandataire, un véritable acheteur; et la « *procuratio in rem suam* », fut le moyen employé pour parvenir à la cession des créances. La novation, usitée également pour effectuer la cession des créances, trouvait sa justification dans ce fait, qu'elle ne pouvait se produire qu'avec le consentement du débiteur. Il n'en était pas de même de la *procuratio in rem suam* par laquelle le débiteur se trouvait en présence d'un

procurator, sans avoir aucunement été consulté, et sans avoir donné son consentement à cette substitution.

Dès lors il importait de prendre des précautions contre les abus possibles de cette opération. Ce fut l'œuvre de l'empereur Anastase, dans la loi *per diversas* (1). A la suite des nombreuses réclamations *per diversas appellationes*, qui ont été portées devant lui, l'empereur déclare qu'il a reconnu, que certaines personnes, avides des biens et de la fortune d'autrui, s'empressent d'obtenir la cession d'actions, appartenant à d'autres, et par là font subir des vexations aux plaideurs, tandis qu'il est certain que ceux qui ont des créances incontestables, aiment mieux les réclamer elles-mêmes, que les céder à un étranger.

Pour remédier à ces abus l'empereur n'édicte pas le retrait, dont l'effet eut été d'éteindre la dette primitive, par la substitution du débiteur cédé à l'acheteur évincé; il maintint au contraire l'obligation primitive, en lui faisant subir toutefois une réduction ; le débiteur restait tenu, mais seulement jusqu'à concurrence du prix que le cessionnaire avait déboursé, et du montant des intérêts de ce prix. Quatre exceptions à ces mesures rigoureuses étaient reconnues par Anastase ; elles étaient fondées sur le fait que la cession avait un but légitime, qu'elle était intervenue en vue d'éviter des difficultés, et non pour favoriser une spéculation. En vertu de cette

1. Loi 22 code « *per diversas* », livre IV, titre 35. « *Mandati vel contra* ».

idée, l'empereur soustrayait aux dispositions de la loi *per diversas* :

1° La cession consentie par un héritier à son cohéritier ; car elle tendait à faciliter les opérations du partage.

2° La cession de créance, faite par un débiteur à son créancier : c'était, en effet un moyen pratique, souvent unique pour un débiteur de se libérer envers son créancier.

3° La cession de créance faite au possesseur de l'héritage litigieux : son but est légitime, il cherche par là à consolider et à rendre inattaquable un droit qu'il a déjà.

4° La cession faite, en vertu d'un testament, par les héritiers aux légataires ou aux fideicommissaires. Cette dernière exception rentrait dans une disposition plus générale, en vertu de laquelle l'empereur Anastase rendait inapplicables aux cessions à titre gratuit, les prescriptions de la loi *per diversas*, l'esprit de spéculation restant étranger aux aliénations à titre gratuit.

L'œuvre de l'empereur Anastase était-elle complète, et prévoyait-elle toutes les hypothèses, et les nombreuses formes, sous lesquelles pouvaient se présenter les cessions de créances ? Justinien crut bon de combler dans une constitution au Code (1), les lacunes de la constitution d'Anastase. Celui-ci, en effet, avait bien parlé de la cession par donation ; qu'il affranchissait des disposi-

1. Loi 23 code « *Ab Anastasio* », livre IV, titre 35.

tions rigoureuses de la loi 22 ; mais il n'avait pas prévu l'hypothèse d'un transport de créances, mélangé d'une donation : cette cession mixte, consentie pour partie à titre onéreux, pour partie à titre gratuit, servait aux spéculateurs pour éluder la sanction portée contre eux par la loi 22, et donnait lieu à de nombreux abus. Ce sont ces cessions, et les cessions à titre onéreux, dissimulées sous la forme de contrats à titre gratuit, que Justinien se proposa d'atteindre, en soumettant ces donations mixtes ou déguisées, à la règle générale, et en ne faisant rentrer sous le régime des exceptions que la donation pure et simple, et parfaitement sincère.

Ce fut du reste la seule exception maintenue par Justinien, puisque dans la constitution 24 (1), il abolit les quatre autres exceptions qu'avait reconnues la loi *per diversas*.

En résumé donc, le droit romain contient deux règles, qui peuvent être considérées comme des applications particulières de l'idée de retrait ; mais ce n'est point par ces règles qu'il a exercé de l'influence sur la formation de la théorie définitive ; c'est par des prescriptions sur le transport de droits litigieux, et la cession de créance, dont la sanction n'avait encore rien de commun avec les retraits, et qu'une transformation profonde pouvait seule rattacher à cette dernière institution.

1. Loi 24 code « *Ab Anastasio* » livre IV, titre 35.

II. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS

C'est de l'ancien droit français que datent véritablement les retraits. Dès le moyen âge, ils s'y montrent avec une importance et une abondance extraordinaires (1). C'est qu'en effet, une révolution considérable s'était accomplie dans la conception de la propriété. A l'ancienne propriété romaine, si profondément individuelle, avait succédé, dans presque toutes les coutumes, la propriété germanique, qui avait mieux conservé ses caractères primitifs, et qui, sous l'influence des idées féodales, devait les accentuer encore, tout en les modifiant.

Deux traits essentiels, qui devaient marquer d'une empreinte énergique l'institution des retraits, se manifestent dans la nature de la propriété, à l'époque où le vieux droit coutumier français peut être considéré comme ayant achevé sa lente élaboration ; c'est-à-dire dès le commencement du ^{xiii}^e siècle.

1° L'idée de la copropriété familiale, qui fait des biens héréditaires la propriété du groupe, aussi bien que de l'individu.

2° Le système des tenures, trait essentiel de la féodalité, par l'effet duquel une chose appartient à deux personnes, dont l'une a, ce que les feudistes appelaient le domaine éminent, et l'autre le domaine utile. La consé-

1. Du ^x^e au ^{xviii}^e siècle, on en compte une grande variété.

quence de ce système est précisément ce qui devait faire de la matière des retraits, l'une des institutions, tout à la fois les plus originales et les plus rigoureusement logiques des vieilles coutumes françaises.

Du moment que le propriétaire proprement dit, par exemple le tenancier, n'a plus un droit exclusif et sans partage sur la chose, il ne peut plus en disposer librement : à côté, et presque au dessus de lui, il y a une autre personne, dont le droit égal, ou supérieur au sien, pourrait être méconnu par une aliénation. C'est par exemple l'héritier présomptif dans le cas d'un propre, ou le seigneur censier dans le cas d'une tenure féodale. Il a donc le droit de réclamer contre tout acte susceptible de lui nuire actuellement ou éventuellement. Or, ce droit, la plus simple manière de l'exercer, c'est le retrait. Pour maintenir à sa disposition, ou faire rentrer entre ses mains le bien qu'un acte de disposition menace de lui enlever plus ou moins irrévocablement, il se substituera à l'acquéreur. C'est ainsi que la double idée germanique et féodale de la propriété a engendré les deux importants retraits, dont tous les autres ne sont que les variétés, et auxquels ils se rattachent par les liens les plus étroits. La copropriété familiale a produit le retrait lignager, fondé sur l'idée de domaine collectif. La décomposition de la propriété féodale en directe et en domaine utile a donné naissance au retrait féodal, et au retrait censuel.

Se représenter exactement ces deux formes de la pro-

priété du Moyen-Age, c'est connaître ces deux espèces de retraits.

I. — *Le retrait lignager* se rattache à la transformation de la propriété privée, qui en se substituant à la propriété collective n'exista pas d'abord au profit de l'individu, il y eut une première évolution, qui produisit vers le v^e siècle la copropriété familiale.

Dans les sociétés primitives, le domaine de la propriété individuelle était généralement très restreint : elle ne s'appliquait qu'à certains objets mobiliers de peu de valeur ; l'homme ne possédait guère en propre, que ses armes, son cheval, ses instruments de travail. Quant aux immeubles, ils appartenaient au groupe dont l'individu faisait partie.

Cette forme de la propriété collective, la plus primitive et la plus générale, puisqu'elle attribuait la propriété des biens à la tribu, exista chez tous les peuples de l'antiquité. Le droit romain n'en révèle pas l'existence d'une façon bien positive, parce que les textes qui nous en restent sont trop récents ; on en trouve pourtant des vestiges, ainsi que nous l'avons constaté plus haut, tels que la théorie des héritiers siens, et peut être bien aussi la formule de l'interdiction ; et il paraît certain que le communisme a été pratiqué à l'origine de Rome : Pour le droit romain classique, on en découvre la preuve manifeste dans cette organisation de l'*ager publicus*, dont la propriété appartient à l'Etat, tandis que la jouissance

était commune et indivise entre tous les citoyens (1).

Quant aux populations primitives, elles ont connu le communisme agraire, comme en témoignent les textes des auteurs classiques, qui vantent les avantages de cette manière de cultiver (2).

Les Germains connoissent-ils la propriété collective ?

Malgré les nombreuses controverses que soulève cette question dans l'histoire du droit, on ne saurait mettre en doute la pratique du communisme agraire chez les Germains, et si l'on consulte les historiens qui ont écrit sur cette époque, on les trouve très affirmatifs à ce sujet (3).

Peu à peu, sous l'influence des mœurs romaines, la propriété tend à s'individualiser ; mais cette transforma-

1. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, page 81.

2. Virgile, *Georgiques* vers 125-128. Ovide, *Métamorphoses* I, vers 135 et 136.

3. César « *De bello Gallico* », titre 4, ch. 1, commentaires 6 et 22. Tacite « *Germanie* » ch. 26.

Cette question de la propriété collective chez les Germains et chez les Romains a été étudiée dans un grand nombre de traités : Aucoc « *Question de propriétés primitives* », *Revue critique*, 1885, tome XIV ; — Dareste « *Etude de l'histoire du Droit* » ; Fustel de Coulanges « *Recherches sur quelques problèmes d'Histoire* », *La Cité Antique*, (Paris, 1874) ; Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles* ; Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, tome II, page 58, et tome III, page 59 (Paris, 1887 à 1889) ; Gautier, *Précis d'Histoire du Droit* ; Viollet, *Précis de l'Histoire du Droit Français*, (Paris, 1880) ; *Revue critique*, 1886, réponse à M. Thevenin et à M. Fustel de Coulanges.

M. Michel, dans son traité « *De l'inaliénabilité primitive des terres à Rome* », (thèse de doctorat, Caen, 1891), a reproduit l'opinion des auteurs qui reconnaissent l'existence de la propriété collective à Rome et chez les Germains.

tion ne se produit que lentement, et la propriété collective de la tribu fit place, en premier lieu à la copropriété familiale. Sous ce régime de la communauté familiale, aucun des membres de la famille, même le chef, ne peut aliéner les immeubles, appartenant à la communauté : la propriété appartient d'une façon générale à la famille, qui constitue en quelque sorte une personnalité. Plus tard on voulut atténuer cette indisponibilité des biens familiaux ; mais on chercha le moyen de sauvegarder les intérêts des membres de la famille, qu'auraient lésés les aliénations désavantageuses consenties par les autres copropriétaires : Ce fut là l'origine du retrait lignager.

Ce retrait fut admis d'une façon générale en France, et presque toutes nos coutumes en faisaient mention (1). On cite même quelques provinces régies par le droit écrit, qui l'admettaient : Aseç, Bordeaux, étaient de ce nombre. Quelques coutumes locales, telles que la Châtellenie d'Issoudun, le rejetaient.

Henri III par un édit du mois de novembre 1581 (2) s'efforça d'en généraliser l'application dans tout le Royaume même dans les provinces, où l'influence romaine se faisait encore vivement sentir ; mais cet édit ne fut pas exécuté, et Bretonnier atteste que ce retrait n'était pas pratiqué dans le Lyonnais, le Forez et le Baulonais (3).

1. Lamoignon, Arrêté, tome 1, page 114.

2. Guyot, Répertoire, verbo « *Retrait* », tome XV, section VII. Bretonnier, *sur Henrys*, tome I, livre 2, question 19.

3. D'après Lamoignon, *loc. cit.* la question de savoir dans

Il n'entre pas dans le plan de ce travail d'examiner en détails la théorie du retrait lignager, qui a fourni la matière de nombreux et volumineux traités (1); mais il nous a paru indispensable, dans une étude sur les retraits, nécessitant un aperçu des origines de cette institution, de mentionner les divers retraits pratiqués au moyen âge, et d'indiquer brièvement leurs conditions d'exercice, pour faire ressortir les différences importantes, existant entre ces retraits et ceux de notre époque, au point de vue du principe qui leur sert de base, et relativement à leur fonctionnement.

Les conditions requises pour qu'il y ait lieu au retrait lignager, se trouvent clairement résumées dans la définition suivante renfermée dans l'article 129 de la Coutume de Paris :

« Quand aucun a vendu et transporté son propre héritage ou rente foncière à personne étrangère de son lignage, du côté et ligne dont le dit propre héritage ou

quelles provinces le retrait lignager existait donnait tous les jours lieu à procès.

1. La plupart des coutumes contiennent un titre ou plusieurs articles consacrés au retrait lignager : Paris art. 129 et suiv. ; Meaux, 84 et suiv. ; Melun, 50-71-129 et suiv. ; Troyes, 144 ; Laon, 225 ; Anjou, 292. — Bourdot de Richebourg, *Grand coutumier*, 4 vol. (Paris 1724). *Les commentateurs des coutumes* (Dumoulin-Loyssel) et un grand nombre de jurisconsultes traitent dans leurs œuvres du retrait lignager : Loyssel *Institutes*, livre III, titre V. Duplessis, *œuvres*, traité XI, ch. II, section II. — Grimaudet « *œuvres* » du retrait lignager. — Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, tome XV, verbo : retrait lignager p. 463 et suiv. Lamoignon, *arrêtés*, tome I. — Pothier « *Des retraits* », tome III 1^{re} partie.

rente foncière lui est revenu et échu par succession, il est loisible au parent et lignager dudit vendeur, y du côté et ligne dont est venu et échu ledit héritage, ou rente foncière, de demander et avoir par retrait lignager ice-lui héritage ou rente, dedans l'an et jour que l'acheteur en a été ensaisiné, s'il est tenu en censive, ou qu'il a été reçu en foy et hommage, s'il est tenu en fief, en rem-boursant ledit acheteur de son fort principal et loyaux coûts » (1).

Il résulte de cette définition, que cinq conditions prin-cipales étaient exigées pour que le retrait lignager pût s'exercer :

1^o La chose vendue par le parent devait être un pro-pre. « Le lignager coutumièrement n'a lieu qu'en propre » (2).

2^o Le retrait ne pouvait être exercé que par une per-sonne de « l'estoc et ligne », d'où était venue la chose vendue. Toutefois la coutume de Paris n'exigeait pas que le retrayant fut parent en ligne directe du vendeur; la parenté en ligne collatérale était suffisante, à la différence de ce qui existait dans les coutumes dites souchères, telles qu'Orléans et Melun, n'attribuant la dévolution de la succession aux propres, qu'aux héritiers en ligne di-recte de la personne qui les avait mis dans la famille.

3^o Le retrayant était tenu à exercer son droit « dans

1. Bourjon *« Du droit commun de la France et de la coutume de Paris »*, tome I, titre XX.

2. Loysel, *Institutes coutumières*, livre III, titre V, n^o 7.

l'an et jour à partir du jour de l'ensaisinement de l'acheteur » (1). C'était le délai généralement accordé par les coutumes ; quelques-unes cependant reconnaissaient au retrayant un délai sensiblement plus court : En Auvergne il était de trois mois à partir de l'entrée en jouissance effective de l'acheteur dans l'immeuble, en Berry, il courait pendant soixante jours à partir du contrat ; enfin on cite des provinces où le retrait lignager n'était praticable que pendant quarante jours, et quelquefois moins.

4° Le retrayant devait rembourser à l'acheteur le prix principal et les loyaux coûts.

5° Le retrait ne s'appliquait qu'aux cessions à titre onéreux l'article 229 de la Coutume de Paris le dit formellement.

Dans le cas où « l'héritage soumis au retrait, était revendu par le premier acquéreur, le retrayant n'était tenu à payer que le prix et les loyaux coûts de la première vente, quel que fût le nombre des mutations effectuées pendant l'an et jour », sinon la situation du retrayant eût été empirée (2).

Nous retrouverons les deux dernières conditions, en étudiant les retraits du Code civil, et nous constaterons qu'elles sont exigées avec la même rigueur par la législation du Code (3).

1. Bourjon, *loc. cit.* tome I, titre 20, 3^e partie, chap. I, parag. 4.

2. Loysel, *Institutes coutumières*, tome I, titre V, livre III, parag. XXXVIII, page 409. — Coquille : *coutume du Nivernais*, parag. 13, page 377.

3. Quant aux autres conditions et aux effets du retrait lignager,

On ne peut séparer du retrait lignager le retrait *mi-denier*, qui n'en est qu'une application spéciale. Ce qu'il offre de particulier, c'est que l'acquéreur du propre susceptible de retrait est la communauté légale, et que d'un autre côté, l'un des époux, entre qui cette communauté doit se partager, est l'un des lignagers du vendeur. Il en résulte pour cet époux, dans les différentes opérations, auxquelles la communauté donne lieu, un double titre à garder l'immeuble, titre que l'objet du retrait *mi-denier* est précisément de concilier avec les droits des autres lignagers.

L'article 155 de la nouvelle coutume de Paris fait connaître en ces termes cette variété du retrait lignager (1): « Quand aucun héritage propre est acquis durant et constant le mariage de deux conjoints, dont l'un d'iceux est parent lignager du vendeur, du côté dont ledit héritage appartenait audit vendeur; tel héritage ainsi vendu ne gît en retrait durant et constant ledit mariage. Mais après le trépas de l'un desdits conjoints, la moitié dudit héritage gît en retrait à l'encontre de celui qui n'est lignager ou ses hoirs; s'ils ne sont lignagers du vendeur, du côté et ligne dont ledit héritage appartenait à icelui vendeur, dans l'an et jour du trépas du premier mourant desdits conjoints, supposé qu'il y eût saisie ou inféodation prise,

ils sont communs avec ceux des retraits de notre code, que nous étudierons plus loin.

1. De Ferrière, *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*, tome I, titre VIII, article 155.

durant icelui mariage, en rendant et payant par le re-trayant la moitié du sort principal, frais et loyaux coûts ».

Il résulte de cet article que le retrait mi-denier constitue une exception aux principes du partage de la communauté entre époux, dissoute par la mort de l'un d'eux. En vertu de ces principes, l'immeuble acquis par la communauté durant le mariage, eût dû, après le décès de l'un ou l'autre des époux être attribué par moitié aux héritiers du prédécédé et à l'époux survivant. La coutume, par application de l'idée qui avait engendré le retrait lignager, et consistant dans la conservation des biens dans les familles, permit à l'époux lignager ou à ses héritiers de retirer la moitié échue à l'époux étranger au lignage du vendeur, moyennant le remboursement de la portion de prix, correspondant à la part de ce conjoint, c'est-à-dire de la moitié. D'où l'on a donné à cette faculté le nom de retrait mi-denier. Ce retrait qui paraît, comme le lignager, être une véritable institution de droit Français, fit son apparition dans les coutumes de Paris et d'Orléans. Les coutumes de Bretagne et de Normandie, désignaient sous le nom de mi-deniers, certains retraits qui différaient sensiblement de celui-ci.

On a tenté de prêter au retrait de mi-denier des effets spéciaux, inconnus dans les autres espèces de retraits. Tout en reconnaissant au retrayant la faculté d'évincer le conjoint de la moitié de l'acquisition faite pendant la communauté, et qui lui échoit véritablement en vertu de l'effet rétroactif du partage, on a refusé d'attribuer à la

subrogation qui se produit par suite de ce retrait un effet rétroactif. En conséquence, les hypothèques et droits réels, consentis par le mari durant la communauté sur cet immeuble étaient maintenus pour le tout, et le retrayant avait l'obligation de les respecter. Duplessis développe cette théorie de la façon suivante : « S'il n'en est pas de même ici que dans l'ancien retrait, c'est que ce dernier se fait sur le contrat de vente, et résout tout le droit de l'acquéreur, tandis que dans celui-ci le retrait ne se fait pas sur la première vente, mais seulement sur la mutation qui arrive par la dissolution du mariage, de sorte que, pendant cet intervalle le mari a été véritable propriétaire, et c'est tout de même, que quand un lignager a acquis un héritage, et que depuis il vient à le vendre, auquel cas le retrait peut se faire, non pas sur la première vente, mais sur la seconde » (1). Toute cette théorie est la conséquence d'un faux point de départ. Le fait que le mari a été propriétaire durant la communauté, dans l'intervalle entre la vente et la dissolution, constitue-t-il une exception aux principes admis en cette matière ? En aucune façon. Dans tous les retraits, on reconnaît que le retrayé a été véritable propriétaire, et c'est précisément ce qui constitue le caractère anti-pratique et particulier de ce droit qui fait disparaître les prétentions d'un acheteur, qu'un contrat régulier a rendu propriétaire.

On peut se demander, en outre, ce que veut dire Du-

1. Duplessis, « *De la coutume de Paris* », tome I, titre VII, traité XI, chap. IX, section I.

plessis, en prétendant que le mi-denier s'exerce sur la mutation produite par la dissolution du mariage. Sa théorie est en contradiction avec la définition générale du retrait, qui est la faculté de reprendre le marché d'un autre ; or, la mutation à laquelle cet auteur fait allusion, n'est pas un marché, et l'événement qui, à la dissolution, donne droit à la moitié de l'héritage pour le conjoint, est précisément la vente intervenue pendant la communauté. C'est contre cette aliénation qu'est dirigé le retrait de mi-denier.

II. — DU RETRAIT FÉODAL

De tous les traits du régime féodal, le plus caractéristique est la décomposition qu'il fait de la propriété en deux domaines : Le domaine éminent et le domaine utile. Dans la théorie du fief, le type supérieur des tenues féodales, un propriétaire détache une partie de son domaine au profit d'une autre personne, mais retient sur la partie aliénée le droit d'exiger des services déterminés du possesseur, quel qu'il soit. Il en résulte entre la partie conservée et la partie détachée un rapport de servitudes, établies, à la différence des servitudes romaines, et des services fonciers du Code civil, au profit de la personne, et à la charge de la personne.

C'est ce droit d'imposer des prestations déterminées au vassal, qui représente au profit du suzerain la partie conservée de sa propriété. A raison même de la nature de

ces prestations, service d'Ost, de Fiance, etc., la personnalité de ce vassal ne pouvait donc lui être indifférente.

La concession d'un droit de retrait au seigneur a été le moyen finalement admis de concilier, autant que possible, le droit supérieur de ce seigneur, et la faculté d'aliéner du vassal.

Ce caractère personnel des relations entre le seigneur et le vassal, avait engendré certaines restrictions aux droits naturels de celui-ci. C'est ainsi qu'on lui refusait le pouvoir de disposer du fief qu'il détenait, par mutation à cause de mort et par mutation entre vifs. Le seigneur en traitant avec un vassal, entendait se lier avec une personne déterminée, qui lui inspirait une confiance spéciale. On comprend que cette personne ne fut pas autorisée à se substituer un tiers ; de là l'inaliénabilité du fief.

A l'origine, le vassal qui voulait aliéner le fief devait le restituer au seigneur ; alors, si celui-ci y consentait, ressaisi du fief, il l'aliénait à la personne proposée par le vassal, et au profit de ce dernier. L'aliénation ne pouvait résulter que d'une entente entre le seigneur et le vassal.

Ce système pratiqué aux ^{x^e} et ^{xi^e} siècles, indique la première forme sous laquelle l'aliénation des fiefs put être accomplie.

Plus tard il fut admis que le fief pourrait être cédé par le vassal lui-même ; mais à la condition d'obtenir le consentement du suzerain, qui pouvait le refuser. L'usage s'introduisit bientôt de faire payer cette autorisation,

et le droit réclamé par le seigneur s'appela « *Quint et requint* ». Ce système qui date du ^xⁱ siècle, subsista jusqu'à la fin de l'ancien régime.

Enfin un troisième système fut appliqué dans certains pays, et se combina souvent avec le précédent. C'est le système du retrait féodal ou seigneurial. Il fut reconnu que le consentement du seigneur n'était plus nécessaire pour valider l'aliénation, il suffisait que le vassal acquittât le droit de mutation ; mais on accorda au seigneur, une fois l'aliénation conclue, la faculté d'évincer l'acquéreur, et de se substituer à celui-ci, en lui remboursant ses débours. Ce fut l'origine du retrait féodal. Le consentement restait indispensable, mais au lieu d'être exigé avant la cession, il n'était prescrit que postérieurement à la vente.

Cette combinaison tendit à devenir le droit commun à partir du ^{xiii}^e siècle, époque à laquelle le principe de l'aliénabilité du fief fut consacrée. Jusqu'à cette époque, il y avait eu une grande diversité dans les provinces sur le procédé à employer : Dans certaines régions, comme la Provence, le Vermandois et la Champagne, l'obligation de requérir le consentement du seigneur, prévalut longtemps ; mais à partir du ^{xiii}^e siècle, il fut de droit commun en France que l'on pourrait aliéner le fief sans autorisation du seigneur sauf pour lui le pouvoir d'exercer le retrait féodal.

Ce retrait à la différence du lignager, qui est une pure faveur légale, dérive à la fois de la loi et de la convention,

« puisqu'il remplace le droit de retour à la mort du vassal, qui faisait la première clause des concessions primitives » (1). C'est pour cette raison, qu'on le désignait fort souvent, sous le nom de « droit de retenue » (2).

Tous les seigneurs, quel que fût leur degré de dignité dans la hiérarchie féodale, jouissaient de la faculté qu'engendrait ce droit de retenue. On s'est pourtant demandé si le roi avait également ce privilège ? Certains auteurs (3) le lui refusaient sous prétexte que le roi, étant seigneur immédiat de toutes les terres du royaume, eût pu acquérir par l'usage du retrait tous les fiefs du royaume. Cette prétention des auteurs parut étrange en pratique, et le roi fut reconnu capable, comme tous les autres seigneurs, de bénéficier du retrait.

On s'est encore demandé si les seigneurs ecclésiastiques jouissaient de ce privilège. Les coutumes étaient très divisées sur cette question, qui avait de graves conséquences, puisqu'en accordant aux seigneurs ecclésiastiques le droit d'exercer le retrait, on leur fournissait le moyen de faire entrer dans le patrimoine de l'Eglise des biens qui auraient été ainsi transformés en biens de mainmorte, c'est-à-dire affranchis de toute charge et de toute obligation féodale, et on portait de cette façon atteinte aux principes alors établis : C'est pourquoi les coutumes du Bourbonnais et du Berry ne reconnurent jamais ce droit

1. Guyot, verbo « *Retrait* » tome XV, page 437.

2. Loysel, *Inst. cout.*, livre III, titre V, § II, page 393.

3. Loysel, *Inst. cout.*, livre III, titre V, § XI, page 397.

aux seigneurs ecclésiastiques, et c'est également pour ce motif qu'en 1749 parut un édit dont l'article 25 était ainsi conçu : « Les gens de mainmorte ne pourront exercer à l'avenir aucune action en retrait féodal ou seigneurial, à peine de nullité, à l'effet de quoi nous avons dérogé et dérogeons à toutes lois coutumes ou usages qui pourraient être à ce contraire » (1).

A l'instar du retrait lignager et des retraits du Code Civil, le seigneurial ne s'appliquait qu'aux cessions à titre onéreux, engendrait une subrogation, et faisait naître l'obligation pour le retrayant d'indemniser l'acquéreur dont il prenait la place. Ses conditions d'exercice étaient les mêmes que celles des autres retraits, et il n'y avait de particularité que pour le délai pendant lequel le seigneur pouvait user de la faculté d'évincer l'acquéreur, et pour le point de départ de ce délai. Dans certaines coutumes le délai était d'une année, à partir du jour où la vente était parfaite ; dans d'autres de quarante jours à partir de celui de la notification au seigneur, « à compter du jour, où le vassal a donné au seigneur copie de son contrat » (2).

Au retrait féodal proprement dit, il faut joindre LE RETRAIT CENSUEL. Ce dernier était pour les tenures en censives, ce que le premier était pour les tenures en fief : « Le seigneurial est féodal ou censuel » (3). Le féo-

1. Édit du 25 août 1749, Isambert, tome XXII, (1737-1774) numéro 658, page 226.

2. Bourjon, *loc. cit.* section VII, § 24.

3. Loysel, *loc. cit.* § II, page 393.

dal s'appliquait aux tenures nobles, le censuel aux tenures roturières.

A côté du contrat d'inféodation, engendrant des obligations personnelles, et des devoirs de reconnaissance, on pratiquait dans certaines provinces (Bordeaux, Toulouse, Anjou, Maine, Vermandois, Amiens, etc.) (1), le contrat censuel ou bail à cens, consistant, comme le bail à fief, dans une concession faite par une personne à une autre, mais donnant lieu à la différence de celui-ci, à des prestations en nature ou pécuniaires.

Le bail à cens ne différait pas essentiellement du bail à fief, et il était régi par les mêmes principes. Il y avait, comme pour les tenures nobles, des mesures très rigoureuses prescrites en vue d'entraver l'aliénation par le censitaire des terres roturières, qui lui étaient concédées. Nous avons constaté que le consentement du seigneur était requis pour valider la cession de sa tenure par le vassal, et que le seigneur avait le droit d'exiger une indemnité, comme compensation de l'autorisation qu'il avait donnée : C'était le « quint ou requint ». Ce système fut appliqué aussi au bail à cens, et le droit réclamé par le censier reçut le nom de « lods et ventes ». Un peu plus tard on imagina une sanction plus rigoureuse en créant le retrait censuel, qui fut soumis en tous points aux règles du retrait féodal (2).

Il faut d'ailleurs se garder de confondre avec les re-

1. Guyot, *loc. cit.*

2. Guyot, *loc. cit.*

traits, d'autres institutions juridiques, qui en prennent souvent le nom, mais qui n'ont avec eux qu'une ressemblance fortuite et éloignée : Tel est le cas, par exemple, du retrait conventionnel. On désignait autrefois sous ce nom, tantôt le pacte de réméré, tantôt une extension particulière de l'*in diem addictio* du droit romain.

LE RETRAIT CONVENTIONNEL était comme les retraits lignager et féodal, d'un usage presque général en France, à l'époque que nous parcourons (1). Pothier le définit de la manière suivante : « Par droit de retrait conventionnel, nous n'entendons pas ici le droit de réméré, que nous avons expliqué en notre traité du contrat de vente. Quoiqu'on donne aussi quelquefois à ce droit de réméré le nom de retrait conventionnel, nous entendons ici sous le nom de retrait conventionnel, le droit qui naît d'une convention opposée, lors de l'aliénation qui a été faite de l'héritage, par laquelle celui qui l'a aliéné a stipulé que lui et ses successeurs auraient le droit, toutes les fois que l'héritage serait vendu, soit par l'acquéreur, soit par ses successeurs, d'avoir la préférence sur les acheteurs, et de prendre leur marché » (2).

Dès la première phrase, le savant jurisconsulte met en garde contre la confusion que l'on est tenté de faire, et qui avait été faite, Pothier le dit positivement, entre le retrait conventionnel et le pacte de réméré. Tous les

1. Loysel, *loc. cit.*, § I, page 392.

2. Pothier, « *Traité des retraits* », article préliminaire de la seconde partie, numéro 532.

deux, il est vrai, proviennent de clauses annexées, conformément au consentement réciproque des parties, à un contrat de vente ; tous deux aussi ont pour résultat l'expropriation d'un acheteur, et donnent lieu à des restitutions : Toutefois malgré ces ressemblances apparentes, il est préférable de bien distinguer ces deux espèces de pactes : L'un, le pacte de rachat, produit l'effet ordinaire de la condition résolutoire affectant un contrat ; il remet les parties dans la situation où elles se trouveraient l'une à l'égard de l'autre, si le contrat n'avait pas eu lieu. L'autre pacte constitue un droit exceptionnel, un privilège, en vertu duquel le vendeur est préféré à l'ayant-cause du cessionnaire. Il en résulte une différence importante entre le pacte de rachat et le retrait conventionnel : C'est que si le pacte de rachat ne nécessite l'intervention que de deux personnes, le retrait conventionnel du droit coutumier (il a cela de commun avec le retrait légal), se passe entre trois personnes, mais avec cette distinction fondamentale, que dans le retrait légal, le cédant et le retrayant sont des personnes distinctes, et le retrayé est le cessionnaire originaire ou son ayant-cause ; tandis que dans le retrait conventionnel, le vendeur primitif est en même temps retrayant, et le retrayé n'est jamais le cessionnaire immédiat du cédant, mais l'ayant-cause de ce cessionnaire.

Une seconde différence découle de la définition de Pothier, et résulte indirectement de la première distinction, que nous venons d'établir : le pacte de réméré est

applicable d'une façon générale, aux meubles, aussi bien qu'aux immeubles, ainsi que le fait parfaitement ressortir l'article 1659 du Code civil, en employant l'expression « chose vendue ». En était-il de même pour le retrait conventionnel de l'ancien droit ? Pothier enseigne la négative, en ne parlant dans sa définition que de la vente d'un héritage ; il veut faire entendre par là que le retrait conventionnel ne s'appliquait qu'aux immeubles ; et du reste cette restriction s'impose, si l'on se reporte à la première différence, que nous avons signalée précédemment entre ces deux pactes. Elle est conforme aux principes de notre ancien droit français, qui avait reconnu que les meubles, n'ayant pas de suite par hypothèque, n'étaient susceptibles d'être grevés d'aucun des droits réels exigibles contre des tiers ; par conséquent ils ne pouvaient faire l'objet d'un retrait conventionnel devant s'exercer contre des tiers.

L'ancien droit connaissait encore bien d'autres retraits, qui se rapportent tous à l'une ou l'autre des causes que nous venons d'examiner. Ces retraits, à la différence des trois retraits principaux, exposés précédemment, étaient spéciaux à certaines coutumes. Guyot (1) en compte vingt et une espèces que nous ne ferons que mentionner, en les classant dans diverses catégories, d'après l'idée qui leur a servi de cause.

Les uns, c'étaient les plus nombreux, reposaient de même que le retrait lignager, sur le principe de la con-

1. Guyot, tome XV Verbo : *retrait*.

servation des biens dans la famille, ou dans un groupe quelconque, plus ou moins étendu.

De ce nombre étaient :

1° Le retrait de communion ou d'indivision partiaire, faculté reconnue dans six coutumes, aux copropriétaires par indivis d'un même bien, de se faire subroger dans l'achat, fait par un étranger d'une partie de ces biens vendue par un des copropriétaires.

2° Le retrait de frareuseté, permettant à un copropriétaire de consolider sa propriété, en réunissant à la portion indivise qu'il détient les parts des autres copropriétaires.

3° Le retrait de mi-denier de la coutume de Normandie, donnant le droit au mari et à ses héritiers, de retirer la part des conquêts, ayant appartenu en propriété à la femme, en rendant le prix de ce qu'elle a coûté, « ensemble des augmentations ».

4° Le retrait de cohéritier, autorisant un cohéritier à demander que l'acquisition faite par un autre cohéritier, d'une chose faisant partie de la succession, et aliénée avant le partage, soit remise dans la masse.

5° Le retrait de bourgeoisie, d'habitation ou local, accordant aux bourgeois de certaines villes la faculté de se faire subroger dans l'achat, qu'un étranger a fait d'un fonds situé dans l'étendue de ces villes, bourgs ou cantons.

Cinq coutumes seulement en faisaient l'application, quatre coutumes connaissaient aussi la pratique du retrait de bourgeoisie, en matière d'aliénation d'objets mobiliers à un étranger.

6° Le retrait d'esclèche, est le droit que les deux coutumes de Lille et d'Armentières accordaient à un propriétaire voisin, de reprendre la partie autrefois démembrée de sa maison, lorsqu'elle était vendue, soit avec la maison voisine, soit séparément.

7° Le retrait de préférence, consistant dans la faculté donnée à l'héritier bénéficiaire par la coutume de Bretagne, de retirer dans la quinzaine les biens meubles ou immeubles de la succession sur les adjudicataires de ces biens.

8° Le retrait de bestiaux, n'existant que dans la petite coutume de Labourt, en Gascogne, et permettant, lorsqu'un homme vendait des bestiaux qu'il avait baillé à garder à ses parents les plus proches, et après eux à ceux qui avaient les bestiaux en garde, d'évincer l'acquéreur, à condition d'user de ce droit dans les neuf jours du marché.

Une autre catégorie de retraits avait sa source dans des raisons d'utilité publique. C'étaient :

1° Le retrait de maison vendue pour être démolie. Admis par la coutume de Bayonne, qui attribuait au voisin le pouvoir d'évincer la personne acquérant une maison pour la démolir.

2° Le retrait de reconsolidation, faculté dans la coutume de Valenciennes, pour le nu-propriétaire d'un immeuble, d'en retirer l'usufruit cédé par l'usufruitier à un tiers, pour le réunir à la nue propriété.

3° Le retrait d'utilité publique proprement dit, en

vertu duquel l'état avait le droit d'évincer l'acheteur d'un héritage susceptible d'utilité publique (fortifications, décoration d'une place, construction d'un palais, etc.).

D'autres enfin résultaient d'une faveur particulière pour le retrayant. Tels étaient :

1° Le retrait à droit de lettre lue, par lequel l'acquéreur d'un héritage qui a été dépossédé après possession d'an et jour, par suite des dettes auxquelles cet héritage avait été hypothéqué entre les mains du vendeur, pouvait se le faire rendre par l'adjudicataire. (Usité dans la coutume de Normandie).

2° Le retrait d'argenterie léguée, droit pour la veuve et certaines personnes, de reprendre en nature et sur le pied de la prisee, les argenteries comprises dans le partage d'une communauté ou d'une succession.

3° Le retrait ducal, établi par l'article 7 de l'Edit de mai 1711, consistant dans le privilège pour l'ainé mâle de la branche aînée des descendants, de retirer le duché, quand l'ordre des successions le défère aux cadets ou aux filles.

4° Le retrait de rescousse, droit pour un saisi de reprendre les meubles sur lui saisis et vendus. (Pratiqué dans la coutume de Montreuil).

Les retraits dont il vient d'être question, à l'exception des retraits conventionnels ou autres de même nature, qui ne sont pas de véritables retraits, sont en rapport avec l'ancienne conception de la propriété germanique et féodale, c'est-à-dire avec la notion de la propriété fami-

liale et des tenures. Mais la force génératrice de l'ancien droit n'était point épuisée par cette création. Dépasant le domaine des droits réels, l'idée de retrait pénètre dans celui des droits personnels. Ce ne sont plus seulement les institutions d'origine germanique, ce sont aussi les institutions d'origine romaine, sur lesquelles elle exerce son influence. Puis par un nouveau progrès, de ce nouveau point de départ, elle s'étend à une autre région, sans abandonner la première : Celle des successions.

Nous assistons ainsi à la formation d'une nouvelle espèce de retraits, essentiellement différents des précédents. Les premiers se relient à la conception familiale et sociale du moyen âge ; les seconds prennent place dans un cercle juridique d'un caractère plus universel et plus permanent. L'idée de retrait n'est plus renfermée dans un domaine spécial, elle obtient droit de cité dans les parties les plus générales du droit.

L'intérêt de la distinction n'est pas d'ailleurs purement historique : Tandis que les premiers retraits devaient disparaître avec les derniers vestiges de la société féodale, les seconds allaient prendre place parmi les dispositions de droit nouveau dont ils sont les ancêtres immédiats. C'est le retrait litigieux et le retrait successoral.

LE RETRAIT LITIGIEUX a son origine, dans les dispositions du droit romain dont nous avons parlé, non pour y montrer la première apparition du retrait, mais pour faire voir l'absence de toute idée juridique de cette nature. L'origine en est dans la fameuse loi Anastasienne

sur les cessions de créances. Son histoire en France peut se diviser en trois périodes :

I. — La législation d'Anastase s'étendit à toute la France. Son introduction dans les pays de droit écrit ne fit aucune difficulté, parce que le fonds romain de la coutume était tout préparé à recevoir cette addition naturelle. Le résultat fut plus long dans les pays plus particulièrement coutumiers : Au commencement du seizième siècle son introduction y rencontrait encore une vive résistance (1). A la fin de ce même siècle c'était au contraire un fait accompli. Pothier en donne la raison (2). C'est l'équité de ces lois, qui avait fini par triompher de la résistance des parlements. Un arrêt de 1586, rendu en robes rouges, fixe définitivement la jurisprudence à cet égard.

II. — En même temps que les deux lois romaines étaient enfin reconnues en France, elles y subissaient deux transformations qui en modifiaient complètement l'objet, l'une dans un sens restrictif, l'autre dans un sens extensif.

La restriction consista à ne plus les appliquer qu'aux droits présentant un caractère litigieux, ou tout au moins douteux, lorsqu'il s'agissait de créances ; d'abord il importait peu, aussi bien qu'à Rome, que la créance fut claire et liquide ; la condition d'un débat contentieux fut bientôt exigée. Ce fut moins le résultat d'un système

1. Imbert et Bugnons cités par le Prestre, centurie 1^{re}.

2. Pothier « *Traité de la vente* », numéro 591.

préconisé que d'une interprétation inexacte des lois romaines. En modifiant ainsi les dispositions du Code, les jurisconsultes, et en particulier Dumoulin, croyaient en faire une application exacte.

Le changement s'accomplit d'abord dans le parlement de Paris, puis il s'étendit à toute la France. A la fin, il n'y avait plus que deux parlements, celui de Toulouse et celui de Grenoble, qui demeurassent fidèles à l'exacte interprétation (1).

Il y eut extension du principe, par son application identique à toute espèce de droit, pourvu que ce droit fût litigieux, sans aucune distinction désormais, entre les droits réels et les droits personnels. Ce changement nouveau, œuvre des parlements, comme le précédent, en était la conséquence logique. Du moment, en effet, que ce n'était plus la nature personnelle du droit, mais son caractère contentieux qui déterminait l'application de la règle, il importait peu que ce fût un droit réel de propriété, et non plus un droit de créance, puisque le caractère contentieux pouvait aussi bien se trouver dans un cas que dans l'autre.

III. — Ce changement en amena, à son tour, un troisième plus considérable encore. Tant que la défense d'aliéner ne s'était appliquée qu'aux créances, l'ancienne sanction était demeurée la même : la créance avait été

1. Charondas, *Pandectes de droit français*, livre II, ch. 23. — Terrasson, *Observations sur Henrys*. — Brodeau sur Louet, V^o transport.

réduite de plein droit au prix de la cession ; mais il ne pouvait plus en être ainsi, du moment qu'il s'agissait de droit réel : quand une propriété contestée a été cédée pour un prix égal à une fraction de sa valeur, on ne peut pas réduire pratiquement le droit de l'acquéreur sur la chose à une quote part correspondante ; mais il y avait un moyen pour le débiteur ou le cédé d'obtenir un résultat, sinon identique, du moins équivalent, c'était de prendre le marché de l'acquéreur en lui abandonnant le prix qu'il avait payé. Dès lors le résultat voulu par Anastase était atteint, quoique d'une autre manière. Le cessionnaire était indemne, puisqu'il ne demeurait aucune dépense à sa charge, et qu'on lui rendait exactement ce qu'il avait fourni, le cédé pouvait être considéré comme hors de cause, au prix de cette somme, puisque, en l'acquittant, il pouvait se soustraire à toute revendication.

A partir de ce moment, le retrait litigieux était créé. Seulement on ne s'en aperçut pas immédiatement :

D'abord le cédé fut considéré comme subrogé aux droits du cessionnaire, qu'on n'appelait pas encore le retrayé. Tout se passait, en effet, comme s'il avait été mis effectivement en son lieu et place dans le marché conclu, puisqu'en payant le même prix, il acquérait le même droit. On applique toutes les règles de la subrogation, telle qu'elle existait dans l'ancien droit. Il fallut *des lettres de subrogation* (1) pour l'obtenir ; et l'action acquise ainsi s'appela « *action en subrogation* ». L'assimi-

1. Charondas, *Pandectes françaises*, loc. cit.

lation faite entre les droits réels et personnels, du moment qu'ils étaient contentieux, empêcha qu'on fit même de distinction entre eux à cet égard.

Puis on remarqua que, effectuée dans ces conditions, la subrogation ne différait en rien du retrait véritable, par lequel le lignager, ou le seigneur suzerain, par exemple, prenait la place de l'acquéreur à titre onéreux du fief, ou de l'immeuble propre. Ce retrait ne se ramenait-il pas en somme, et même par définition, à la substitution d'un acheteur à un autre ; en un mot, ne revenait-il pas à une subrogation ? Les derniers jurisconsultes de notre ancien droit n'ont plus d'hésitation : Le nouveau Denisart est formel sur ce point. Pothier n'est pas moins explicite : « Le droit qui est accordé par ces lois au débiteur de la dette litigieuse, est une espèce de droit de retrait de la dette litigieuse, qui lui est accordé sur le cessionnaire : le débiteur en remboursant le cessionnaire, est admis à prendre son marché ; l'achat que le cessionnaire avait fait de la dette litigieuse est détruit en la personne de ce cessionnaire, et passe en celle du débiteur, qui est censé avoir lui-même racheté la dette du créancier » (1).

Cette théorie fut complétée par le rétablissement des exceptions, admises aux lois anastasiennes par ces lois elles-mêmes, et que Justinien avait supprimées : Ce fut encore l'œuvre du Parlement de Paris : Il avait commencé par les repousser par application du Code, il finit par les

1. Pothier « *Traité de la vente* », numéro 597.

reconnaître comme conformes à l'équité. C'est l'explication que donne Pothier.

La plupart des jurisconsultes devaient admettre une extension plus grande encore de cette théorie : D'une manière générale la cession était réputée légitime, et par suite soustraite au retrait, chaque fois qu'elle était faite en vertu de ce qu'on pouvait réputer une juste cause (1). Arrivée à ce terme, l'évolution qui devait aboutir au retrait litigieux était achevée. La personne contre laquelle était prétendu un droit litigieux quelconque, réel ou personnel, n'avait qu'à rembourser au cessionnaire le prix de son acquisition, pour être mise en son lieu et place au même titre, et de la même manière que le retrayant dans les nombreux cas de retraits proprement dits, sur le modèle desquels, s'était peu à peu constituée cette théorie.

LE RETRAIT SUCCESSORAL fut le produit du retrait litigieux, de même que celui-ci avait été le produit des lois anastasiennes. Les deux évolutions s'accomplirent d'ailleurs presque simultanément, parce que chaque progrès dans une voie était immédiatement suivi du même progrès dans l'autre voie. Cette extension imprévue des lois anastasiennes transformées fut encore le fruit d'une assimilation. Le principe nouveau étant que tout droit litigieux est soumis au retrait, on devait être naturellement porté à en faire l'application à tous ceux qui rappelaient ce caractère ; Or qu'y-a-t-il de plus soumis à contesta-

1. Pothier « *Vente* » nos 594 et 595.

tion que les droits successifs ? Toute opération de liquidation et de partage peut-être considérée comme renfermant un procès en germe (1). Si donc un des héritiers cède à un autre sa part, n'est-ce point un droit litigieux dont il fait l'abandon ; et n'y a-t-il pas lieu, en conséquence, de permettre aux autres héritiers, contre lesquels le droit successif cédé sera invoqué, de le considérer comme un droit contesté ?

Cette question se posa devant les Parlements, en même temps que celle du retrait litigieux. Ils furent, dès le principe, favorables à l'affirmative. Toutefois, ici encore, la jurisprudence nouvelle n'alla point sans soulever, elle aussi de vives protestations. Beaucoup voyaient dans la faculté donnée au cohéritier du cédant contre le cessionnaire une atteinte à la liberté des conventions et aux droits acquis, et cela au détriment plus qu'à l'avantage du commerce des biens, dont la valeur se trouvait dépréciée par cette éventualité.

Ces protestations étaient encore dans toute leur force en 1738. Cependant les Parlements n'en eurent aucun souci, et la création du retrait successoral accompagna, plus même qu'elle ne suivit, la formation du retrait litigieux.

En résumé, l'ancien droit, à la veille de la Révolution, qui devait si profondément le modifier, comprenait deux espèces bien différentes de retraits, pour ne parler que de ceux, auxquels ce nom convient exactement :

1. Lebrun, tome I, livre IV, chap. II, section III, § 66. — Charondas Pandectes, livre II, chap. 23.

Les retraits dérivés de la propriété germanique et féodale, tels que le retrait lignager, ou le retrait féodal proprement dit en relation étroite avec l'état de choses, qui allait disparaître.

Les retraits de dernière formation, constitués à l'image des précédents, mais se rattachant par leur origine première au principe romain des lois anastasiennes, dont on persistait à ne voir là qu'une pure application.

III. — DROIT INTERMÉDIAIRE

Qu'allait faire la révolution des uns et des autres ?

Longtemps avant la publication des dispositions législatives, auxquelles nous arrivons, il s'était formé contre la féodalité un mouvement, qui se manifesta déjà lors de la révision des coutumes. Au ^{xvii}^e siècle, et jusqu'au milieu du ^{xviii}^e, les jurisconsultes ne montraient plus contre la féodalité la même hostilité qu'au temps de la réforme ; mais une véritable révolution s'était produite dès ce moment parmi les historiens, les philosophes et les publicistes, qui s'élevaient contre les abus de l'ancien régime et les obstacles qu'il apportait au commerce et à la libre circulation des biens. C'est sous l'influence de ces idées qu'agit l'Assemblée Constituante, en proclamant dans la nuit du 4 août l'abolition du régime féodal.

Ce n'était encore que la proclamation d'un principe ;

mais des lois nombreuses ne tardèrent pas à en faire l'application : Ce sont les lois des 13 juin et 19 juillet 1790 qui portèrent le coup décisif aux retraits de notre ancien droit, en décrétant l'abolition des retraits de bourgeoisie, d'habitation ou local, d'esclèche, de communion, de société, de convenance et de bienséance, féodal et censuel, lignager et mi-denier. L'Assemblée législative se montra plus hostile encore au système de la féodalité, et craignant que quelque-une de ces institutions eût survécu à la réforme de la Constituante, elle déclarait dans un décret du 13 mai 1792, qu'en supprimant les retraits lignager, de mi-denier, féodal, censuel et autres, l'Assemblée Nationale avait entendu abolir toutes les espèces de retraits, déclaration qui fut confirmée par la Convention, le 2 septembre 1793.

Malgré la généralité et la précision de leurs termes, ces décrets laissaient subsister une question : L'abrogation était-elle aussi absolue qu'elle le paraissait, et s'appliquait-elle à tous les retraits indistinctement, non seulement aux retraits de nature féodale et d'origine germanique, mais encore aux retraits de création postérieure, c'est-à-dire aux actions données contre l'acquéreur de droits litigieux, et le cessionnaire de droits successifs, en un mot aux actions en subrogation, qui avaient été en dernier lieu seulement appelées retraits, à cause de leur ressemblance plus que de leur identité avec les retraits véritables ?

Les auteurs qui prétendent que les actions en subro-

gation ont été soumises aux mesures prononcées par les lois de 1790, de 1792 et de 1793, recourent généralement à deux arguments principaux, pour soutenir leur opinion.

A. — Ils invoquent en premier lieu la loi du 2 septembre 1793 dont un des considérants portait que, d'après les décrets émanés de l'Assemblée Constituante et de l'Assemblée législative, il ne peut exister aucune espèce de retraits introduits par les anciennes lois, coutumes ou usages locaux : la généralité des termes de cette loi, disent-ils, ne laisse aucun doute sur la disparition des actions en subrogation, qui sont des espèces de retraits, et par conséquent sont prévus par les législateurs de la Convention.

Nous ne pouvons accepter cette théorie, et nous croyons au contraire que les actions en subrogation échappèrent à la proscription à laquelle furent condamnés les divers retraits de l'époque précédente. Ce mot retrait, qui exprimait déjà quelque chose d'exceptionnel, ne pouvait s'étendre à des institutions, qui n'avaient jamais été rangées complètement dans la catégorie des retraits. Que ces actions en aient en le caractère, comme Pothier le faisait remarquer, c'est ce que nous avons dit, mais tant que le législateur n'a pas consacré cette analogie, et qu'il n'a pas fait rentrer ces institutions dans la classe des retraits, elles doivent conserver leurs règles propres, et rester en dehors des dispositions qui régissent la matière des retraits.

Du reste, le nom, qu'on avait toujours conservé aux institutions des empereurs Anastase, d'actions en subrogation, n'attirait pas l'attention des réformateurs, et l'on s'explique très bien que, grâce à cette appellation impropre, elles aient survécu aux lois de la période intermédiaire.

Si nous nous reportons, en outre, aux motifs qui ont inspiré ces lois restrictives, nous y trouvons encore un argument en faveur de la théorie que nous défendons : Le régime féodal avait été supprimé à cause des nombreux abus qu'on lui reprochait ; les actions en subrogation n'avaient rien de commun avec ces abus, et ne pouvaient être accusées, comme les anciens retraits, de perpétuer un état social condamné, et d'être, par conséquent, en contradiction avec les nouveaux principes.

B. — L'on peut répondre d'autre part à ceux qui invoquent le décret du 19 floréal an II, annulant un jugement du tribunal de Breteuil, qui avait admis une des actions en subrogation, que pour qu'un décret obtienne force de loi et soit obligatoire, il est nécessaire qu'il remplisse les conditions et soit soumis aux formalités prescrites à cet effet. A l'époque où parut ce décret, la publication des lois résultait de leur insertion au *Bulletin de correspondance* ; or, ce bulletin ne porte aucune mention du décret adopté par la Convention.

L'action en subrogation, relative aux droits litigieux, n'avait fait l'objet d'aucune discussion ; les décrets de 1790, 1792 et 1793 n'y faisaient pas la moindre allusion,

et les tribunaux n'avaient pas été appelés à se prononcer à son sujet. Elle paraît donc avoir traversé intacte cette période réformatrice. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation (1), en reconnaissant que les lois « *per diversas* » et « *ab Anastasio* », se sont perpétuées dans l'ancien droit sous le nom d'actions en subrogation, et que ces mêmes lois ont inspiré plus tard les articles 841 et 1699 du Code civil.

Un autre arrêt (2), rendu dans le cas spécial d'une cession de droits successifs faite par un cohéritier, confirme la théorie que nous avons soutenue précédemment (3).

1. 28 janvier 1828. — Sirey 1828-1830 I, page 20.

2. 20 mars 1828. — Sirey 1828-1830 I, page 59.

3. Cette théorie se trouve résumée dans le considérant suivant : « Attendu, dit la Cour dans cet arrêt, que ce droit (consacré par les lois *per diversas et ab Anastasio*), différant essentiellement des retraits, qui, intentés par des actions rigoureuses, occasionnaient des procès très multipliés, n'a été abrogé ni par les lois des 13 juin et 19 juillet 1790, qui n'en parlent pas, ni par le décret du 19 floréal an II, qui n'ayant pas été légalement publié, n'est pas devenu loi de l'Etat, ni par les lois intermédiaires ; qu'il y a même raison de décider, pour l'extension admise par l'ancienne jurisprudence, que pour l'exécution stricte des lois *per diversas* et que dès lors, l'action en subrogation doit continuer d'être régie suivant l'esprit des lois d'où elle dérive. »

DEUXIÈME PARTIE

DES RETRAITS SOUS LE CODE CIVIL ET DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX TROIS RE- TRAITS ADMIS PAR CE CODE.

Les rédacteurs du Code civil ont reconnu trois sortes de retraits légaux dont ils ont fait les articles 841, 1408 et 1699. Nous nous proposons dans cette deuxième partie d'étudier les règles particulières à chacun de ces retraits, pour grouper ensuite dans une troisième partie les dispositions qui leur sont communes.

CHAPITRE PREMIER

DU RETRAIT SUCCESSORAL

L'article 841 du Code civil est ainsi conçu : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successeur, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession ».

§ I^{er}. — Origine de ce retrait.

On a voulu faire dériver le retrait successoral du retrait de bienséance et de communion, pratiqué dans nos anciennes coutumes de Lille et d'Armentières, et consistant dans la faculté, accordée à tous les copropriétaires indivis d'un immeuble, d'agir en restitution contre l'étranger qui aurait acquis une part indivise dans cet immeuble, aliénée par un de leurs consorts. D'après ce système, le retrait de communion aurait survécu aux lois abolitives

des retraits, et produit par suite d'une simple transformation le retrait successoral (1).

Il est inadmissible que le retrait de communion ait survécu aux lois de 1790 et 1792, qui le visaient spécialement, puisqu'il reposait sur le principe contraire aux idées nouvelles, de la conservation des biens dans les familles. La jurisprudence des Parlements, nous l'avons reconnu dans la première partie, introduisit le retrait successoral en France, par extension des lois *per diversas* et *ab Anastasio*, relatives à la cession des créances. L'ancien droit étendit la sanction, portée par les lois romaines, contre le cessionnaire de créances litigieuses ou non, au cessionnaire de droits successifs. Cette institution connue sous le nom d'action en subrogation jusqu'à la rédaction de notre Code civil, passa dans notre législation sans avoir provoqué la moindre discussion, ni devant le Conseil d'Etat, ni devant le Tribunal (2).

§ II. — Du but de ce retrait.

« Les étrangers qui achètent des droits successifs, dit Chabot, dans son rapport au Tribunal, apportent presque

1 Merlin, *Recueil de questions de droit*, tome III, V^o droits successifs.

2 Lebrun, tome I, livre IV, chapitre II, section III, numéro 66. — Brodeau sur Louet, lettre C, numéro 43. — Demolombe, *Traité des successions*, livre III, titre I, chapitre VII, numéros 3 et suivants. — Laurent, tome X, chapitre X, § IV, numéro 341. — Cassation, 20 mars 1828 (Sirey 1828-1830 I, page 20).

toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet de loi donne le moyen de les écarter ». Puis après avoir cité l'article 841, le rapporteur ajoute : « Cette disposition infiniment sage est conforme aux lois *per diversas* et *ab Anastasio*, qui avaient été généralement admises dans notre jurisprudence. Il est de l'intérêt des familles, qu'on n'admette point à pénétrer dans leurs secrets, et qu'on n'associe point à leurs affaires des étrangers, que la cupidité et l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires de droits successifs, et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots : « *alienis fortunis inhiantes* » (1).

Deux motifs ont donc été invoqués pour justifier l'article 841. En premier lieu, c'est la nécessité d'empêcher l'étranger de s'initier aux secrets d'une famille et d'en dévoiler les affaires intimes, par malice ou par vexation. En second lieu, le partage étant presque toujours une opération très compliquée, il est indispensable, pour diminuer le nombre de ces difficultés, d'y apporter un esprit de conciliation et de désintéressement qu'un étranger spéculateur ne saurait posséder ; ou peut craindre que l'âpreté de ce spéculateur engendre des chicanes et des contestations.

1. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires*, tome XII, chap. V, section V, page 211. — Locré, tome X, comment. X, II^e partie, numéro 59.

§ III. — Des conditions exigées pour qu'il y ait lieu à ce retrait.

En analysant l'article 841, nous constatons que quatre conditions y sont requises, pour donner ouverture au retrait successoral :

1° Il faut en premier lieu qu'il y ait eu cession par un cohéritier, c'est-à-dire par une personne ayant des droits avec d'autres dans une hérédité. Le paragraphe suivant nous indiquera dans quelles limites il faut étendre cette expression de cohéritier, et jusqu'à quel point il faut la restreindre.

2° L'article exige qu'il y ait eu cession à titre onéreux. Cela résulte en propres termes de la dernière phrase qui parle du remboursement « du prix de la cession ». La donation échappe donc au retrait, pourvu toutefois qu'elle soit sincère, et qu'elle ne dissimule pas en réalité une aliénation à titre onéreux, car le cohéritier serait toujours admis à faire la preuve, et à user de son droit, si la fraude était découverte. Dans le cas où les intéressés se trouveraient en présence d'un contrat mixte, contenant à la fois une donation et une vente, ils pourraient retirer la partie pour laquelle il y a eu vente, mais sans élever aucune prétention relativement à la portion donnée. L'hypothèse d'une donation avec charges, rentre dans la précédente, il y a vente jusqu'à concurrence des charges qu'il y aura lieu d'estimer.

3° Cette cession doit avoir pour objet « un droit à la

succession », c'est-à-dire qu'elle doit porter sur cet ensemble de droits et obligations qui constitue une hérédité. Lorsque la loi fait allusion à une cession de droits successifs, elle entend par là une cession qui permette de prétendre à la succession, à l'universalité ou tout au moins à une quote-part de cette universalité.

De ce que la cession doit porter sur le droit à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité de la succession, il résulte qu'un cessionnaire d'objets particuliers et déterminés, ou d'une part indivise appartenant à un co-héritier sur des objets déterminés dépendant d'une succession, échappe aux rigueurs du retrait (1). Du reste, l'un des motifs qui ont inspiré le législateur ne se retrouve plus dans l'hypothèse de la cession d'une chose déterminée; car l'étranger, créancier de ces objets en vertu de la cession qui lui aura été consentie, pourra comme tout créancier demander à assister au partage pour s'assurer qu'on ne procède pas en fraude de ses droits; mais il n'y interviendra que pour exercer un droit de contrôle et de surveillance, et non à titre de copartageant, de sorte qu'il ne lui sera pas possible de provoquer ces incidents inspirés par la malveillance, que l'article 841 a voulu éviter.

La Cour de Pau, dans un arrêt du 14 mai 1830 (2), jugeait dans un sens opposé à cette opinion, mais la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du cessionnaire

1. Derôme, *Revue critique*, tome XIII (1858 2), pages 530-547.

2. Sirey, 1828-1830 II, page 442.

d'objets déterminés, en le soustrayant au retrait successoral (1).

4° « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible ». Ces termes de l'article 841 font connaître la quatrième condition requise en matière de retrait successoral : il faut que la cession du droit à la succession ait été consentie au profit d'une personne qui n'ait pas droit déjà de prendre part à un titre quelconque aux opérations du partage.

§ IV. — Qui peut exercer ce retrait et contre qui peut-il être exercé ?

Il existe une étroite corrélation entre les personnes qui peuvent exercer le retrait successoral et celles contre lesquelles il peut être exercé : 1° Celui contre lequel le retrait successoral ne pourrait pas être exercé, s'il était lui-même cessionnaire, pourra exercer le retrait successoral contre un autre cessionnaire ; — 2° Celui contre lequel le retrait successoral pourrait être exercé, s'il était lui-même cessionnaire, ne pourra pas exercer le retrait contre un autre (2).

La seconde partie de la proposition de M. Demolombe indique immédiatement les qualités requises de celui qui

1. Cassation 23 mars 1870 (Dalloz 1870, I, page 422). — En ce sens Demolombe tome XVI. § 83. — Laurent X, n° 364. — Aubry et Rau, tome VI, page 518, § 621 ter, note 5. — Pau, 12 décembre 1892 (Dalloz 1894, II, 167).

2. Demolombe, tome XVI, page 44, numéro 36.

peut exercer le retrait : « Celui contre lequel le retrait pourrait être exercé », c'est-à-dire le non successible d'après l'article 841, « ne pourra exercer le retrait ». N'est-ce pas faire entendre par *a contrario* qu'il faut être successible pour prétendre au rôle de retrayant, et venir prendre part à l'hérédité ? Celui, par conséquent, qui a cédé ses droits à la succession, ne peut se prévaloir de l'article 841, à moins pourtant qu'il n'en ait conservé une partie (1).

Les héritiers, c'est-à-dire les parents légitimes du défunt, sont des successibles, et ont droit au retrait successoral, cela ne présente aucune difficulté.

Mais quelle solution faut-il admettre, en ce qui concerne les successeurs irréguliers ? Zacharie (2) refusait d'une façon formelle la faculté d'exercer le retrait successoral aux successeurs irréguliers et ne l'accordait qu'aux héritiers légitimes. La théorie de cet auteur est en contradiction avec le but du retrait successoral ; qui, nous l'avons vu, a été institué pour faciliter les opérations du partage, et au profit, par conséquent, non-seulement des héritiers légitimes mais de toute personne, de tout successeur, appelé par la loi ou la volonté du défunt à prendre part à ces opérations.

Ainsi l'enfant naturel, appelé par la loi à la succession, pourra certainement écarter du partage le cessionnaire non successible. La Cour de cassation lui a reconnu ce

1. Toulouse 22 février 1840 (Sirey, 1840, 2, 318).

2. Massé et Vergé, tome IV, p. 336 et 337.

pouvoir, dans un arrêt du 16 juillet 1861 (1) constatant « que l'enfant naturel, tenant de la loi le droit d'agir pour faire opérer la liquidation de la succession a, par le fait, le pouvoir d'en écarter l'étranger, qui pourrait en entraver les opérations » (2).

Cette solution ne peut plus faire le moindre doute depuis la loi du 25 mars 1896, dont l'article 6 modifie de la façon suivante l'article 724 du Code civil, en assimilant les héritiers naturels aux héritiers légitimes. « Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt ».

Que décider à l'égard des légataires universels et à titre universel? Sont-ils des successibles et doit-on les admettre au bénéfice du retrait? Nous ne voyons aucune raison pour leur refuser cette faculté, comme on a essayé de le faire, en prétextant la nature exceptionnelle de cette disposition, qui, par conséquent, devait être interprétée dans un sens restrictif.

Les légataires universels et à titre universel sont des successibles. Les uns et les autres sont également tenus au paiement des dettes, et il est de toute justice, qu'étant considérés comme successibles au point de vue des

1. Dalloz 1861, I, 473. — Laurent, tome X, numéro 362. — Aubry et Rau, VI, p. 349.

2. En matière de retrait lignager « bâtards n'étaient reçus à retrait ». (Loysel, livre III, titre V, parag. XIX p. 400). Cela résultait du principe sur lequel il reposait : Celui de la conservation des biens dans la famille.

charges, ils bénéficient des avantages attachés à cette qualité.

L'héritier qui renonce étant censé, aux termes de l'article 785, n'avoir jamais été héritier, n'aura pas la faculté d'exercer le retrait; il en sera de même de celui qui aura été écarté pour cause d'indignité (1).

Mais faut-il pour prétendre au retrait être cohéritier de la ligne à laquelle appartient le successible, qui a vendu son droit à la succession? Pour répondre d'une manière satisfaisante à cette question, il faut distinguer si les biens héréditaires n'ont pas encore été répartis entre les deux lignes, ou si au contraire la séparation a été opérée. Dans le premier cas, tous les cohéritiers, qu'ils appartiennent à l'une ou à l'autre ligne, ont un droit égal à l'exercice du retrait, et il n'y a aucune raison de donner la préférence à l'un plutôt qu'à l'autre, car tous sont au même titre cohéritiers de la succession ouverte.

La solution n'est plus la même, lorsque le partage aura été opéré entre les lignes paternelle et maternelle. Il existe alors deux successions absolument distinctes, nécessitant deux liquidations séparées, l'une entre les parents de la ligne paternelle, et l'autre entre les parents maternels, il n'est pas douteux que ces derniers ne seront pas admis aux opérations, auxquelles procéderont les premiers, et vice-versa, et qu'ils ne pourront prétendre les empêcher de céder leurs parts.

1. Aubry et Rau, VI, parag. 621 ter, note 17, page 521 — Rolland de Villargues, verbo *retrait successoral*, numéro 45.

Tous les héritiers, appartenant à la même ligne, ont le droit d'exercer le retrait. Cette faculté d'écarter du partage un cessionnaire non successible est accordée à tous les successibles ou à chacun d'eux en particulier, de sorte que l'action en retrait peut être intentée par tous les cohéritiers agissant ensemble, ou par l'un d'entre eux agissant pour le tout. Le premier qui l'exerce n'exclut pas les autres, dont l'intervention sera possible.

Les héritiers qui n'interviennent pas, participent-ils au bénéfice du retrait ?

L'article 841 se borne à dire que le cessionnaire sera écarté du partage, et il n'indique pas à qui reviendra le profit du retrait. On s'est basé sur le silence du législateur à ce sujet pour prétendre que le bénéfice du retrait devait être distribué à tous les cohéritiers, proportionnellement à la part qui leur revenait dans la succession, puisque le retrait a pour effet de faire rentrer dans la masse partageable les droits aliénés, et que tous les cohéritiers ont un droit sur cette masse. Merlin (1), qui est l'un des représentants de cette théorie, s'appuie pour la soutenir sur les règles admises en matière de société, où il est de principe que les associés doivent se communiquer les bénéfices réalisés par eux dans les affaires qu'ils ont entreprises au nom de la société.

Quelle que soit la valeur de cette argumentation, il a paru préférable à la plupart des auteurs, de réserver le

1. Merlin, *Recueil de questions de droit*, tome III, verbo « *droits successifs* ».

profit résultant du retrait successoral, aux seuls cohéritiers qui useraient de cette faculté. Les termes de l'article « par tous les cohéritiers ou par l'un deux », prouvent péremptoirement que le législateur n'a entendu favoriser d'aucune façon la communauté (1).

Assimiler en outre la situation des cohéritiers à celle des associés est contraire aux principes du droit. La communauté d'intérêts, résultant de la société, provient d'un contrat, et ne s'est formée que du libre consentement des parties ; la situation des cohéritiers, au contraire, est la résultante d'un événement indépendant de la volonté de ces cohéritiers, la mort de leur auteur.

Le contrat de société a été formé en vue de réaliser des bénéfices, et on s'explique très bien que les associés demandent à profiter des avantages, que leur coassocié a réalisés en cette qualité ; ils subissent du reste équitablement la contre partie de ces avantages et participent aux pertes, tandis que conformément au système exposé plus haut, les cohéritiers pourraient forcer le retrayant à les faire participer à un retrait avantageux, et refuser de coopérer aux pertes si l'opération était défectueuse : l'héritier ne pouvant pas obliger ses consorts à partager avec

1. L'ancien droit était d'un avis opposé (Ferrière, coutume de Paris sur l'article 327 n° 8) il s'appuyait sur les lois romaines (loi 19 Dig. *Familix erciscunda*, livre X, titre II ; — loi 89, parag. 4 *De lege*, livre I, titre 30 ; et sur l'idée que l'héritier doit communiquer à ses cohéritiers tous les profits retirés de la succession. On a appelé retrait de cohéritier ce droit d'exiger la communication du retrait successoral (Demante, tome III, parag. 471 bis, page 276).

lui un marché défavorable, ne peut pas être contraint à les associer à une opération lucrative.

C'est contre toute personne non successible du défunt qu'est dirigé le retrait successoral ; l'article 841 ayant pour but d'écarter du partage les étrangers, dont la malveillance pourrait porter préjudice aux cohéritiers, on ne comprendrait pas que cet article autorisât le retrait contre un successible, puisque celui-ci, évincé par l'action en retrait, puiserait dans son titre de successible le moyen de prendre part tout de même à la liquidation.

Nous avons reconnu précédemment que les légataires universels et à titre universel, doivent être considérés comme successibles ; une question non moins délicate se pose en cet endroit : Faut-il soustraire à l'exercice du retrait le légataire en usufruit universel ou à titre universel, qui a acheté les droits d'un cohéritier ? Ou doit-on, au contraire, de même que le légataire particulier, le considérer comme exclu du partage, et le soumettre au retrait pour l'empêcher d'intervenir à cette opération, au moyen d'une cession de droits successifs qu'il se ferait consentir ?

Trois systèmes différents ont été soutenus sur cette matière :

1. Le légataire en usufruit n'est jamais soumis au retrait ; car il est, comme les successibles, tenu au paiement des dettes, et sa qualité d'usufruitier, lui donnant droit d'assister au partage, le retrait serait inutile (1).

1. Dalloz, *Répertoire*, numéro 1943. — Vazeille, art. 841.

II. Le second système fait une distinction entre l'usufruit de l'universalité et l'usufruit d'une quote-part des biens : l'usufruitier universel est soumis au retrait, car il n'existe entre lui et les nus propriétaires aucune indivision ; l'usufruitier d'une quote-part échappe à l'action en retrait, puisqu'il a droit de figurer au partage pour déterminer la part sur laquelle porte son usufruit (1).

III. Les représentants du troisième système refusent de considérer le légataire de l'usufruit, qu'il soit universel ou d'une quote-part, comme un successible : En conséquence le donataire ou légataire de l'usufruit doit toujours être soumis au retrait et ne peut jamais l'exercer lui-même, quelle que soit l'étendue de son droit d'usufruit (2).

Cette opinion, qui assimile les légataires de l'usufruit à des légataires particuliers, est la plus juridique : l'article 841 se propose d'écarter tous ceux qui, sans la cession, n'auraient pas eu le droit de prendre une part active au partage de l'hérédité : Or, l'usufruitier ne prend pas part réellement au partage de la succession : il n'existe aucune indivision entre les légataires en usufruit et les héritiers nus propriétaires, et si les légataires en usufruit interviennent au partage, ce ne peut être comme co-partageants ni comme partie intéressée, ils ne peuvent y prendre part

1. Merlin, *Répertoire* verbo « *droits successifs* », numéro 13.

2. Demolombe, tome XVI, n° 31. — Aubry et Rau, tome VI, numéro 621 ter. — Proudhon, *usufruit*, tome IV, numéro 2077. — Dijon, 8 juillet 1826. Dijon, 17 février 1854 (Dalloz, 1854, 5, 663). Rennes, 15 janvier 1880. (Sirey, 1881, 2, 185. Dalloz, 1881, 2, 114).

qu'en vertu d'une cession faite par un cohéritier, et par suite tombant sous l'application de l'article 841.

La solution serait la même à l'égard du mari qui se rendrait cessionnaire d'un des cohéritiers de sa femme dans une succession échue à celle-ci ; et la Cour de Cassation dans un arrêt du 24 novembre 1847 a proclamé que cet époux, bien qu'il vint au partage, était soumis au retrait, parce qu'il n'y était pas appelé comme successible, mais comme administrateur des biens de sa femme (1).

Cette doctrine a été de nouveau consacrée par un arrêt récent de la Cour de Cassation du 12 décembre 1894 (2).

Depuis la loi du 9 mars 1891, on a soutenu que le conjoint survivant pourrait exercer le droit de retrait en vertu de l'usufruit que cette loi lui accorde ; cette prétention a été écartée par un jugement du tribunal civil de la Seine du 18 février 1896 pour ce motif : « que la loi nouvelle, ainsi que le démontrent les travaux préparatoires, n'a pas entendu faire de l'époux survivant le continuateur de la personne de l'époux prédécédé, ni lui accorder les qualités et les prérogatives d'un héritier légitime » (3).

Nous adoptons cette solution, mais sans accepter le motif qui l'a inspirée. Ce jugement, en effet, repose sur la théorie émise par Zacharie, ne reconnaissant comme suc-

1. Dalloz, 1847, 4, 427. Tribunal civil d'Espalion, 22 janvier 1886. (*Gazette du palais*, 1886. 1, 366).

2. Dalloz, 1895, I, 286.

3. *Journal des notaires et des avocats*, année 1896, art. 25972, page 309.

cessibles que les héritiers légitimes. Nous avons fait précédemment la critique de ce système ; nous refusons cependant le bénéfice de l'article 841 à l'époux survivant, usufruitier en vertu de la loi du 9 Mars 1891, comme conséquence de ce que nous avons établi précédemment, à savoir que les donataires et légataires en usufruit, même de l'universalité d'une succession, ne sont pas des successibles.

Par conséquent, l'époux survivant, investi de droits d'usufruit par la loi du 9 Mars 1891, n'étant pas considéré comme successible, pourrait être soumis à l'action en retrait successoral, s'il se rendait cessionnaire de droits successifs.

§ 5. — Du délai pendant lequel le retrait successoral peut être exercé ?

L'article 841 énonce que « le non successible peut être écarté du partage » ; il ne fixe aucun point de départ à l'action dont jouit le cohéritier : à partir de la cession il peut évincer le cessionnaire, puisque c'est elle qui lui donne le moyen d'intervenir au partage. Mais il est une limite extrême que l'interprétation de l'article ne permet pas de dépasser, c'est la consommation du partage, résultant de l'acceptation par les héritiers des lots qui leur sont échus, soit par attribution, soit par voie de tirage au sort : tant que les valeurs héréditaires demeurent indivises, le droit de réclamer le retrait subsiste (1).

1. Huc, tome V, « *Des successions* » page 390. — Cassation, 8 no-

Un auteur ancien, Lebrun, prétendait que la subrogation résultant du retrait successoral pouvait avoir lieu même après le partage consommé, sous prétexte qu'après le partage il peut encore survenir des difficultés (1).

Il est un cas cependant où le retrait aura lieu après cette époque : c'est celui où un cohéritier aurait été trompé par la fraude d'un cédant, qui aurait continué à figurer au partage, au nom du cessionnaire, afin de tenir cette cession secrète, et que cette dissimulation n'aurait été découverte qu'après la consommation du partage (2).

De ce que le cessionnaire n'a pas été évincé dès les premières opérations du partage, il ne faut pas nécessairement conclure à une renonciation de la part des co-héritiers :

Il faut bien se rappeler que le retrait est une faculté, dont les bénéficiaires peuvent à leur gré user ou se dispenser ; il fallait donc leur laisser le loisir de se rendre compte des dispositions de l'étranger, et de décider s'ils avaient intérêt à l'évincer, ce qu'ils ne pouvaient apprécier qu'en le laissant intervenir aux premières opérations de la liquidation.

L'action en retrait successoral est imprescriptible comme

vembre 1832 (Daloz, 1883, I, 268). Chambéry 12 février 1878. (Dal. 1879, 2, 204). Rennes, 15 janvier 1880 (Daloz, 1881, II, 114). Req. Cass. 21 juillet 1893. (Daloz, 1893, I, 592).

1. *Traité des successions*, tome I, livre IV, ch. II, sect. III, par. 67.

2. Troplong « *De la vente* » II, n° 998. — Aubry et Rau, VI, parag. 621 ter, note 49, p. 528.

l'action en partage à laquelle elle est liée. Elle court du jour de la cession des droits successifs. A partir de ce moment, tant que le partage n'est pas consommé, l'action en retrait subsiste et elle ne se prescrit pas, même par le délai de trente ans (1).

§ VI. — Ce retrait est-il applicable au partage d'une communauté ou d'une société ?

Pour prétendre que la disposition de l'article 841 est applicable en matière de communauté et de société, on invoque l'analogie qui existe entre la situation des cohéritiers et celle des co-associés ou des personnes communes en biens. On s'appuie aussi d'une part sur l'article 1476, placé dans la section consacrée au partage de la communauté entre époux, et qui renvoie au titre des successions pour tout ce qui concerne les formes de ce partage, les licitations qu'il pourrait occasionner, ses effets, la garantie et les soultes ; et d'autre part sur l'article 1872 du chapitre IV des sociétés, où il est traité de l'extinction du contrat de société : C'est encore au titre des successions que cet article emprunte les règles relatives au partage et à ses effets.

Outre que la situation des cohéritiers, et celle des co-

1. Merlin, *Répert. verbo « droits successifs »*, n° 20. — Massé et Vergé IV, p. 340, note 45. — Demolombe, XVI, n° 125. — Aubry et Rau, VI, par. 621 ter, page 527. *Contrà* : Rennes, 15 janvier 1880. (D. 81, II, 144).

associés et des personnes communes en biens, ne présente qu'une ressemblance très contestable, l'argument de textes, fourni par les articles 1476 et 1872, est inadmissible : Le retrait n'est pas un effet du partage, il se produit la plupart du temps avant le partage, qu'il rend par suite souvent inutile.

En abolissant les retraits, que nos anciennes coutumes avaient mis en pratique pour sauvegarder les intérêts des personnes vivant dans l'état d'indivision, et en ne sanctionnant, par leur introduction dans le Code, que les actions en subrogation, le législateur a manifesté son intention bien arrêtée de ne pas soumettre les acheteurs des droits d'un communiste ou d'un associé, aux rigueurs qu'il réservait aux cessionnaires de droits successifs, ou de créances litigieuses; et en consacrant le retrait successoral qu'il fit rentrer au titre des successions, il témoigna qu'il n'entendait sauvegarder les intérêts des copartageants, qu'en matière de succession.

Mais ne peut-on pas, par le procédé de l'interprétation, étendre cette pratique à des cas analogues à ceux qu'elle est appelée à régir ? La négative s'impose, car l'article 841 consacre des dispositions exceptionnelles et rigoureuses, nullement susceptibles par conséquent d'être appliquées par analogie.

Cette opinion a pour elle la majorité des auteurs (1) ;

1. Pont et Rodière, *Contrat de mariage*, livre III, titre V, sect. V.— Toullier, *Du contrat de mariage*, tome XIII, ch. II, section V, par. I; — Troplong, *Contrat de mariage*, tome XIII, ch. II, section V,

la jurisprudence la rejette en matière de communauté, et admet le retrait contre le cessionnaire des droits d'un des communistes (1) ; mais elle l'adopte formellement en matière de société (2). « Attendu, déclare l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1836, que les raisons de haute moralité publique, qui ont commandé le retrait successoral, ne se rencontrent pas en fait de société, où tout est, en quelque sorte, patent, écrit et consigné dans les livres, et dans une correspondance commune à tous les associés, où il ne s'agit que de s'immiscer dans quelques faits, dans quelques opérations isolées et particulières, qui sont les éléments de la société, dont la durée et les limites sont fixes et infiniment étroites, et non de pénétrer, comme en matière de succession, dans les mystères d'une vie entière, d'en explorer les secrets les plus intimes. »

et *Société*, tome II, n° 1039. — Bellot des Minières, tome II *Contrat de mariage*, pages 480 et 481. — Odier, *Contrat de mariage*, tome I, numéro 524. *Contrà* : Hean, *Revue pratique* 1864, tome XVIII, page 334.

1. Bordeaux, 19 juillet 1826, (Sirey, 1826 et 27, II, 262). Agen, 13 juin 1892. (*Gazette du palais*, 1892, II, 145).

Opposés à l'opinion de la jurisprudence : Desjardins, page 533, numéro 38. — Demolombe XVI, n° 92. — Aubry et Rau, V, parag. 519, note 31 ; et VI, page 517, § 621 *ter*. — Guillaud, *Contrat de mariage*, III, n° 1340.

2. Dalloz, Répertoire verbo « *succession* », numéro 1869, note 3. — Pau, 16 mai 1887 (*Gaz. du palais*, 1887, 2, 442). — En ce sens encore : Pont, *Traité des Sociétés*, II, numéro 783. — Demolombe, XVI, numéro 92. — Aubry et Rau, IV, page 451, § 359 *ter* et 385 ; et VI, page 517, § 621 *ter*, note 2. — Guillaud, *vente* numéro 875, et *société* numéro 348. — Laurent, X, numéros 211 et 243.

CHAPITRE II

DU RETRAIT LITIGIEUX

Article 1699. — Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux, peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite.

§ 1. — Origine de ce retrait.

Les Romains, nous l'avons vu, s'étaient préoccupés de bonne heure de sauvegarder les intérêts d'un plaideur contre la cession par son adversaire des droits appartenant à celui-ci ; et de nombreuses constitutions des empereurs avaient été édictées, en vue d'éviter cette substitution d'adversaire (1).

D'autres constitutions soumettaient à des mesures rigoureuses les cessionnaires de créances, même non litigieuses : telles étaient les lois *Per diversas et ab Anastasio* (2)

1. Dig. *De alienat. jud. mut. causa.* — *De rei vindicatione.* — *De litigiosis.* — Gaius « *De litigiosis* ».

2. Code Justinien « *Mandati vel contra* ».

et chose singulière ! c'est dans cette seconde catégorie de dispositions, ou pour mieux dire dans l'extension, qui leur fut donnée par la jurisprudence des parlements à partir du xvi^e siècle, que le retrait litigieux a pris racines ; et c'est de l'analogie, un peu superficielle, il est vrai, que les jurisconsultes du xviii^e siècle avaient constatée entre ces dispositions et le retrait coutumier, que lui est venu le nom de retrait (1).

Après avoir étudié dans la première partie l'origine des lois anastasiennes en droit romain, et assisté pendant la législation coutumière à leur développement, sous le nom d'actions en subrogation, nous les avons vues, à la faveur de cette dénomination, échapper à l'atteinte des lois de la période intermédiaire, et subsister au moment de la rédaction du code civil.

L'action en subrogation, accordée au débiteur d'un droit litigieux, entravait trop la liberté des transactions fort en honneur à cette époque, pour être adoptée sans difficultés dans la nouvelle législation. Aussi les membres du conseil d'Etat furent-ils vivement sollicités d'en combattre l'introduction dans le Code civil.

Le conseiller d'Etat Locré (2) se fit l'interprète des idées de l'époque, et dans la séance du 9 novembre an XII, il prononça un vigoureux réquisitoire contre le retrait litigieux, dont l'effet résolutoire constituait une grande

1. Leroy, « *du retrait litigieux* », page 90.

2. Locré « *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* », tome XIV, page 75.

injustice, en empêchant les propriétaires d'aliéner à leur juste valeur les droits qu'ils possédaient.

Mais Tronchet, Bigot, Préameneu et Pelet s'efforcèrent de démontrer que si, dans certains cas cette mesure était dure, elle serait le plus souvent utile, en écartant les spéculateurs dont les pratiques se multipliaient.

Cette considération parut décisive ; l'article 120 du projet fut adopté, et devint plus tard l'article 1699 du Code civil.

§ 2. — **Fondement du retrait litigieux.**

La cession de droits litigieux est vue d'une façon défavorable par le législateur, qui lui a appliqué différentes mesures particulières, auxquelles ne sont pas soumises les cessions ordinaires. Deux graves dérogations aux principes généraux du contrat de vente sont la conséquence de cette défaveur.

La première résulte de l'article 1597, qui est ainsi conçu : « Les juges, leurs suppléants, les magistrats..., etc., ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux, qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et des dépens, dommages et intérêts. » C'est là une des rares dérogations au principe que toute personne, maîtresse de ses droits, a la capacité de vendre et d'acheter. Les personnes énumérées dans cet article ont toutes les qualités requises pour figurer dans une

convention, et pourtant, en matière de cession de droits litigieux, la loi frappe de nullité l'acquisition qu'ils feraient de ces droits.

L'article 1699 renferme la seconde mesure, destinée à entraver les cessions de droits litigieux.

Il ressort de l'examen de ces deux dispositions que ces mesures exceptionnelles et préjudiciables sont dirigées contre le cessionnaire particulièrement. Le retrait, en le forçant à libérer le débiteur, moyennant le remboursement de la somme payée par ce cessionnaire pour acquérir la créance, lui fait perdre le bénéfice qu'il avait espéré retirer du procès. Le législateur a donc eu pour but, en édictant l'article 1699, de mettre un frein aux spéculations, occasionnées par les cessions de créances litigieuses. Certaines personnes abusaient de la situation d'un créancier, qui doutait à tort de son droit, pour en obtenir la cession à un prix dérisoire. Une fois en possession de ce droit, ces agents d'affaires peu scrupuleux s'efforçaient de tirer le plus grand profit possible du procès.

Cette cession a en outre l'inconvénient de rendre vain tout espoir de conciliation. Une contestation a pris naissance entre deux individus, qui dans le premier mouvement décident de plaider : qui prouve qu'une fois calmés, ils ne trancheront pas leur différend par une transaction amiable ? Or, cet arrangement sera impossible, si le créancier a pu céder irrévocablement son droit ; car le tiers ne s'est évidemment rendu acquéreur du droit

en litige, que dans un but de spéculation, et dans l'espoir d'obtenir un jugement favorable.

Diminuer le nombre des procès, tel est, par conséquent, le second motif qui a inspiré les rédacteurs de l'article 1699.

§ 3. — Des conditions exigées pour ce retrait.

Il n'y a pas lieu d'insister ici sur la première de ces conditions qui consiste dans le caractère de contrat à titre onéreux que doit avoir l'aliénation soumise au retrait litigieux. Cette condition est essentielle en matière de retraits ; elle sera étudiée dans la troisième partie, consacrée aux règles communes aux trois retraits du Code civil.

Une deuxième condition, requise pour que le retrait litigieux puisse se produire, c'est qu'il y ait cession de droits litigieux : Mais que faut-il entendre par cette expression « droits litigieux » ? Des difficultés graves s'élevaient élevées sur ce point entre les anciens auteurs. Certains d'entre eux enseignaient qu'un droit devenait litigieux, « *post libelli oblationem* », c'est-à-dire après que l'assignation avait été lancée au défendeur (1).

D'autres ne reconnaissaient au droit un caractère litigieux, qu'après la contestation en cause, qui avait lieu lorsque le défendeur répondait ou refusait de répondre

1. Du Rousseau de la Combe, Verbo « *transport* ».

à la demande de son adversaire (1). D'autres encore soutenaient un système mixte, en autorisant le retrait « *post libelli oblationem* », pour les droits réels, et en exigeant la contestation en cause pour les droits personnels.

Pothier (2) professait une opinion différente, qui était celle du Parlement de Paris, d'après laquelle il n'était pas nécessaire qu'il y eût un litige engagé : « Les créances litigieuses sont celles qui sont contestées ou peuvent l'être, en totalité ou en partie par celui qu'on prétend débiteur. » Droits contestés ou contestables, voilà qui est compréhensif, remarque Acollas (3) en critiquant l'opinion de Pothier.

Il est certain qu'à force d'être simple, cette définition ne fournit aucun éclaircissement sur le caractère litigieux d'un droit. La solution de Pothier est en outre en contradiction avec le véritable but du retrait litigieux. Un grand nombre de procès serait le résultat de cette incertitude des parties sur le caractère litigieux de la créance ; or, si l'on se reporte à ce qui a été dit précédemment, il est facile de constater que le retrait litigieux a été institué précisément pour diminuer le nombre des procès.

Enfin le parlement de Toulouse tenait pour litigieuse, toute dette même non contestée, aussitôt qu'il y avait une demande en justice, sans faire de distinction entre la

1. Lamoignon, arrêts, tome I, page 142. — Arrêt du 31 avril 1647, Louet et Brodeau, page 155.

2. *De la vente*, chapitre IV, article VII, § I, numéro 584.

3. Acollas « *Droit civil* », tome III, *Du retrait litigieux*, chapitre VIII, section III, page 338.

« *libelli oblatio* » et la « *litis contestatio* ». — Touillier (1) fait très bien ressortir l'injustice de cette jurisprudence, et les bizarreries qu'elle produisait. Un particulier se prétend créancier en vertu d'un droit incertain et mal établi ; mais le fait qu'aucune demande judiciaire ne s'est produite vaudra titre à son profit, et il pourra céder son droit. Cette faculté sera refusée au contraire à un créancier, dont le droit est incontestable, par cela même qu'il aura actionné le défendeur en justice.

Il est facile de se rendre compte des graves difficultés qu'occasionnait dans la pratique cette grande divergence d'interprétation. Les procès, loin de diminuer, se multipliaient de jour en jour. L'article 1700 vint heureusement éclaircir cette question.

« La chose, dit cet article, est censée litigieuse, dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. » Les rédacteurs ont déterminé dans cet alinéa, les deux conditions essentielles pour qu'il y ait droit litigieux.

Il faut d'abord « qu'il y ait procès », c'est-à-dire que des particuliers, n'étant pas d'accord sur l'existence d'un droit, son étendue ou quelque autre de ses caractères (2) aient porté leur différend devant un tribunal, pour en faire l'objet d'une instance (3). La première formalité, à laquelle ils seront soumis, est la tentative de conciliation

1. Touillier « *De la vente* », tome XVII, chapitre VIII, section III, § I.

2. Th. Huc, tome V, art. 1699, p. 318.

3. Cassation, 24 janvier 1827 (Dalloz, 1827, I, 123).

devant le juge de paix, qui s'efforcera d'amener un rapprochement amiable entre les parties. Que cette tentative réussisse ou n'aboutisse pas, elle ne constitue pas un procès, puisqu'au contraire elle a pour but de le prévenir, et que le demandeur s'en tiendra peut-être à cette première comparution. L'exploit d'ajournement ne suffit pas non plus pour rendre un droit litigieux, car le défendeur peut acquiescer à la demande et ne pas la combattre (1). Le procès n'est engagé que lorsque le défendeur, après avoir constitué avoué, conteste les prétentions du demandeur.

La seconde partie de l'article 1700 est conçue en ces termes : « Et que la contestation porte sur le fond du droit. » Il faut par conséquent une négation totale ou partielle de l'existence du droit du demandeur par le défendeur, qui invoque par exemple le paiement ou la prescription (2). Il en résulte que la loi ne considère pas comme suffisantes, pour rendre un droit litigieux, les exceptions déclinatoires, tendant à prouver l'incompétence du tribunal saisi ; les exceptions dilatoires destinées à ajourner l'examen d'une affaire, et les exceptions péremptoires de la forme, déterminant la nullité des actes de procédure vicieux. Le défendeur, opposant une de ces exceptions, ne discute pas le fond du droit ; il ne recherche pas si la prétention du demandeur est bien ou mal fondée, il s'efforce seulement de retarder la discussion du fond, en établissant que des vices de forme se

1. Leroy, *loc. cit.* page 400.

2. Cassation, 10 décembre 1872. (Dalloz, 1873, I, 351).

sont introduits dans les préliminaires de l'instance (1).

Toutefois à côté de ces exceptions, l'article 173 du Code de procédure indique des exceptions péremptoires du fond, telles que la prescription, l'autorité de la chose jugée, qui sont des moyens de défense sur le fond et rendent le droit litigieux.

Telles sont les deux principales conditions, exigées pour que le retrait prévu par les articles 1699 et 1700 puisse s'exercer, à savoir : qu'il y ait une cession à titre onéreux ; — et ensuite que cette aliénation ait pour objet un droit litigieux.

Mais il existe un troisième article relatif à l'action en retrait litigieux, et qui renferme des exceptions à la faculté consacrée par les articles précédents, en affranchissant du retrait un certain nombre de cessions, bien qu'elles aient pour objet un droit litigieux. Nous consacrerons un paragraphe spécial à l'analyse de l'article 1701. Toutefois il y a lieu d'ajouter en cet endroit, comme troisième condition à l'exercice de la faculté qui nous occupe, les dispositions de cet article.

Il est donc nécessaire que la cession qu'on veut soumettre au retrait, ne rentre pas dans une des hypothèses prévues par l'article 1701.

§ 4. — Jusqu'à quelle époque ce retrait peut-il être exercé ?

Le point de départ du délai accordé au débiteur pour

1. Dijon, 22 décembre 1876. (Sirey, 1877, II, 72). Cassation 28 avril, 1875. (Sirey, 1876, I, 64).

se faire tenir quitte par le cessionnaire est le moment précis, où le procès, donnant au droit contesté le caractère litigieux, a été entamé. En présence des termes formels de l'article 1700 ce principe n'a soulevé aucune objection.

Mais quelle est l'extrême limite, à partir de laquelle le cédé ne pourra plus bénéficier de la faculté que la loi lui a octroyée ? Cette question a été résolue de différentes manières. Voici quelle était l'opinion de Pothier à cet égard : « Néanmoins si le cessionnaire, après une longue instruction, et après avoir, par ses soins et par ses découvertes, levé tous les doutes sur la légitimité de la créance à lui cédée, avait mis le procès en état d'être jugé, je ne crois pas que le débiteur, à la veille du jugement, et à la veille de succomber, dût être admis à ce retrait, et à offrir en conséquence le remboursement du prix de la cession ; car la chose n'est plus entière. » (1) D'après ce jurisconsulte, la demande en retrait, qui était née dès le commencement de l'instance, pouvait être refusée même avant le jugement, si elle était intentée à un moment où le procès était instruit, et sur le point d'être terminé. Pour justifier sa théorie, Pothier rappelle le but de cette institution, qui tend à diminuer le nombre des procès, or le retrait serait inutile puisque le procès va précisément prendre fin.

Troplong (2) soutient également cette théorie.

1. Pothier, *Traité de la vente*, chapitre IV, article 7, § 2, numéro 598.

2. Troplong, « *De la vente* », II, numéro 999.

M. Guillouard (1) combat le système de ces auteurs, en faisant ressortir les graves difficultés, qu'il engendrerait en pratique. Pothier, qui paraît si scrupuleux observateur des motifs qui ont inspiré l'article 1699, ne s'est pas rendu compte, que pour éviter une difficulté, sa théorie amènerait une foule de complications : Déterminer le moment exact où le jugement est sur le point d'être rendu, est une question fort délicate et fertile en chicanes. M. Guillouard répond à Pothier de la manière suivante : Le législateur n'avait que deux partis à prendre : 1° Ou bien exiger de la part du cédé l'exercice du retrait immédiatement, dès qu'il connaît le cessionnaire *in limine litis* et il ne l'a pas fait; 2° ou bien permettre au débiteur cédé d'en user en tout état de cause, tant que le droit est encore litigieux, c'est à dire tant que le procès n'est pas terminé. C'est dans cette dernière considération que nous chercherons la solution de la question qui nous occupe.

Est-il besoin de tant tourmenter l'article 1700, pour connaître la véritable intention du législateur : « Il faut qu'il y ait procès, pour que le droit soit litigieux », autrement dit, pour qu'il soit permis au débiteur d'intenter l'action en retrait. Quand commence un procès ? Du jour de l'assignation. Quand prend-il fin ? Le jour où intervient une solution définitive : Aussitôt, donc que le droit est fixé par une décision judiciaire définitive, l'article 1699 cesse de s'appliquer.

1. Guillouard « *Traité de la vente* », II, numéro 900.

Qu'arrivera-t-il s'il est intervenu un jugement de première instance ou un arrêt de Cour d'appel, et que les délais pour l'appel ou le pourvoi ne soient pas encore expirés ? (Il faut supposer qu'après la décision des premiers juges, le créancier a cédé son droit avant l'expiration des délais d'appel ou de pourvoi). Le droit peut-il être encore considéré comme litigieux pendant cette période de temps, ou au contraire, faut-il admettre que le jugement ou l'arrêt intervenu a fait disparaître la contestation sur le fond exigée par l'article 1700 ?

La négative s'impose si le débiteur cédé n'interjette pas appel, les droits cédés seront des droits certains et déterminés, puisqu'ils ne seront pas l'objet d'un procès. Si au contraire l'appel est formé, les droits cédés pendant les délais étaient des droits litigieux et soumis au retrait, puisque l'appel détruit l'effet du premier jugement, et conteste à nouveau une créance, que celui-ci avait rendu parfaitement liquide (1).

Il en sera de même du recours en cassation : la simple éventualité du pourvoi ne suffit pas à elle seule pour donner à un droit le caractère litigieux ; l'arrêt de la Cour d'appel a rendu le droit incontestable, il est nécessaire que l'arrêt soit déféré à la Cour suprême pour que le retrait puisse être exercé.

Cette solution a été contestée en tant qu'elle s'applique à l'appel, et on a tenté de considérer dans tous les cas les droits comme litigieux pendant les délais d'appel, en vertu

1. Paris, 27 novembre 1879. (Sirey, 1880, I, 59).

de cette règle de procédure que ces délais sont suspensifs. Sans doute l'appel est suspensif ; mais en lui attribuant cet effet, le code de procédure entend parler de l'exécution des sentences judiciaires, laquelle est en suspens pendant les délais ; ici il s'agit d'une question toute différente, de savoir quand un droit est véritablement litigieux ; or il est évident que pendant les délais, le procès n'existant plus, les droits qui en ont été l'objet sont incontestables (1).

Un arrêt de la Cour de Dijon, maintenu par un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes en date du 5 mai 1835 avait admis que la cession d'un droit faite pendant les délais de pourvoi tombait sous l'application de l'article 1699, sans qu'il y ait à distinguer si le pourvoi avait été ou non formé : « Tant que les délais pour le pourvoi ne
« sont pas expirés, ou qu'en cas de pourvoi, l'arrêt de la
« Cour royale n'a pas acquis la force de chose jugée, le
« procès n'a pas cessé d'exister ; car en jugeant le con-
« traire, il pourrait arriver qu'après qu'on aurait décidé
« que le procès n'existe plus, la Cour de cassation annu-
« lant l'arrêt définitif, il se trouverait que le procès exis-
« terait de nouveau, ce qui impliquerait contradiction (2).

Mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 1^{er} mai 1889 a consacré la solution que nous avons donnée. Après un arrêt de Cour d'appel, il est nécessaire que le pourvoi soit formé pour que le droit puisse encore être considéré comme litigieux (3).

1. Sur cette question voir Terrat « *Du retrait litigieux* », pages 217 et 218.

2. Requête Cassation. (Sirey, 1835, I, 627).

3. Cassation 1^{er} mai 1889. (Dalloz, 1893, I, 529). — Aubry et Rau,

Le retrait ne pourrait pas être effectué, si celui qui prétend l'exercer a volontairement exécuté la sentence rendue sur le fond avant tout recours en cassation (1).

Les cessions de créances ne sont opposables aux intéressés que par la signification qui en est faite au débiteur cédé. A défaut de l'accomplissement de cette formalité essentielle, l'aliénation ne peut en aucune façon être préjudiciable aux tiers. M. Guillouard (2) tire de ce principe une conséquence très rationnelle, en établissant que le retrait pourra, par exception, être exercé après le prononcé du jugement, dans le cas d'un procès entamé et dirigé par le cédant nonobstant la cession antérieure, qui n'aura été signifiée qu'après le jugement rendu. Le législateur, en effet, a institué le retrait litigieux, en haine des spéculateurs, ce serait donner libre cours aux fraudes des cessionnaires peu scrupuleux, que de valider une cession irrégulière, et de faire bénéficier l'acquéreur de l'omission d'une formalité, qui a été exigée pour sauvegarder l'intérêt du débiteur et des tiers.

Il ne faut pourtant pas exagérer la portée de cette conséquence, et croire que le retrait litigieux sera encore autorisé après le prononcé du jugement, si le cédé a eu connaissance de la cession avant le jugement, mais par une autre voie que la signification. Une semblable prétention

tome IV, § 359, page 439. *Contra* : Massé et Vergé sur Zacharie, tome IV, page 342, § 693. note 10.

1. Paris 28 mars 1854. (Dalloz, 1855, 2, 335).

2. Guillouard « *Traité de la vente* », tome II, numéro 899.

paraît exorbitante. Du moment où le cédé a eu connaissance de la cession, il est à même de prendre ses mesures pour veiller à ses intérêts, et le vœu du législateur se trouve réalisé ; s'il juge à propos de ne pas user de ses droits, c'est qu'il a de bonnes raisons pour cela, et il est tout à fait naturel de considérer sa négligence en pareil cas, comme une renonciation à l'action que lui accorde l'article 1699.

§ 5. — Ce retrait s'applique-t-il à la cession d'un meuble et d'un immeuble litigieux ?

La cour de cassation (1) dans un arrêt du 24 novembre 1818 a répondu négativement à cette question, en s'appuyant sur le considérant suivant « Attendu que la subrogation aux cessions de droits litigieux, autorisée par l'article 1699 du Code civil, n'a pour objet que les créances et autres droits incorporels ; qu'elle est par conséquent inapplicable aux immeubles, qui étant des corps certains et déterminés ne sont pas compris dans les dispositions de cet article. »

La décision de la cour suprême paraît être en contradiction avec la tradition, les principes du droit, et le texte des articles 1700 et 1701 du Code civil.

La tradition, consacrait l'application de l'action en retrait litigieux à la cession d'un droit réel mobilier ou immobilier, et même d'un immeuble, pourvu bien en-

1. Sirey, 1819, I, 205.

tendu que ces droits et la propriété de cet immeuble fussent l'objet d'un procès. C'est en effet dans ce sens que les lois *per diversas et ab Anastasio* ont toujours été interprétées dans notre ancienne jurisprudence, et Troplong (1) cite un certain nombre d'auteurs qui déclarent catégoriquement que l'article 1699 s'appliquait aux cessions de meubles et d'immeubles litigieux : « Le cessionnaire, a dit M. de Lamoignon, des héritages et autres droits immobiliers et mobiliers de quelque qualité qu'ils soient, étant en litige, peut être contraint par celui sur lequel le transport a été pris de le subroger en ses droits » (2).

Ferrière (3) partageait cette manière de voir, lorsqu'en interprétant l'article 108 de la coutume de Paris, il disait : « Les cessions des actions et choses litigieuses sont permises en France, mais conformément aux lois *per diversas et ab Anastasio* ». Rousseau de La combe dit « que ces lois sont applicables, que la cession porte sur des droits litigieux, des meubles ou des immeubles ».

Les textes, sont favorables à l'opinion de Troplong. L'article 1700 exige, pour qu'il y ait droit litigieux, l'existence d'un procès, mais il ne se préoccupe aucunement de déterminer la nature de l'objet de ce procès ; or, la cession d'un immeuble dont la propriété est contestée n'est autre chose que la cession d'un procès, ce qui est cédé dans cette aliénation, c'est bien moins l'immeuble

1. Troplong, « *De la vente* », tome II, chapitre VIII, numéro 1001.

2. Arrêtés, tome I, page 142, numéro 24.

3. *La coutume de Paris*, art. 108, § 3, numéro 5.

que le droit litigieux, qui est survenu à l'occasion de cet immeuble

Les rédacteurs du code ont bien manifesté du reste leur intention d'étendre d'une façon générale les dispositions de l'article 1699 : elle ressort clairement d'abord de l'article 1700 où ils débudent par ces mots, « la chose sera censée litigieuse.... » Pourquoi employer cette expression, sinon en vue de faire connaître et de préciser leur intention à cet égard ? Le mot « chose » est un terme général, embrassant tous les biens corporels ou incorporels, susceptibles d'être l'objet d'un droit : Les choses se subdivisent en meubles et en immeubles et ces deux catégories comprennent les droits de créances et les droits réels : si le législateur avait voulu limiter l'article 1699 à cette catégorie des choses qu'on appelle des droits, il se serait dispensé d'employer une expression aussi étendue, et il aurait continué à se servir comme dans l'article 1699 du mot « droit », qui lui a paru insuffisant pour rendre sa pensée, et qu'il a remplacé dans l'article 1700 par l'expression « chose ».

L'article 1701 enlève toute espèce de doute sur cette question, lorsqu'il formule dans son troisième alinéa, que l'article 1699 est inapplicable à la cession faite « au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux » ; il n'y a plus ici de méprise possible ; la loi parle positivement d'un droit litigieux portant sur un héritage ; or héritage et immeuble sont deux mots synonymes dans le Code Civil.

§ 6. — Des cas où la cession de droits litigieux échappe à l'action en retrait ?

Il a été fait allusion maintes fois, au cours de ce chapitre, à l'article 1701 : il est nécessaire de donner un rapide exposé de ses dispositions.

« L'application de l'article 1699 cesse dans trois hypothèses différentes ». La première est celle où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé. La seconde se produit lorsque l'aliénation a été consentie au profit d'un créancier en paiement de ce qui lui est dû ; le dernier paragraphe, enfin, prévoit le cas où l'acquéreur est le possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux.

Ces exceptions ne sont pas nouvelles, la loi d'Anastase les avait déjà admises. Justinien dans la loi 24 au titre *Mandati vel contra* du Code, les avait supprimées ; mais cette décision ne fut pas respectée par notre ancienne jurisprudence qui fit revivre les dispositions de la loi *per diversas* relatives aux exceptions. Notre législateur en reconnut la légitimité et l'utilité : « Les cas d'exceptions sont ceux où l'on ne rapporte la cession de quelque droit litigieux, que pour se maintenir soi-même dans quelque droit acquis » (1). Portalis fait connaître dans ces paroles les motifs qui ont inspiré l'article 1701. En examinant séparément les trois alinéas qui le compo-

1. Locré, tome XIV, 2^e partie, chapitre VIII, page 185.

sent, on constatera qu'ils sont entièrement conformes au principe général, indiqué par Portalis.

1. Un propriétaire, au cours d'une action en revendication intentée par lui au sujet d'un immeuble, dont la possession appartient à un étranger Tertius, meurt en laissant deux héritiers, Primus et Secundus ; l'indivision existe entre eux, et ils continuent ensemble à poursuivre le possesseur en revendication, sur ces entrefaites Primus cède sa part indivise dans le droit litigieux à Secundus, le possesseur pourra-t-il dans ce cas, exercer contre Secundus le retrait litigieux ? Le § 1^{er} de l'article 1701 lui refuse ce droit. Cette cession a eu pour but en effet de consolider et de compléter le droit que Secundus avait déjà sur cet immeuble, en y adjoignant la portion, qui lui manquait ; et on ne voit pas l'utilité du retrait dans cette hypothèse, où le cessionnaire ne mérite pas la défaveur du législateur, attendu qu'il n'a pas acheté dans l'intention de faire une spéculation, mais en vue de sortir de cette situation^{*} incertaine, produite par l'indivision.

Supposons, au contraire, que Secundus, au lieu d'acquiescer les droits de Primus, ait acheté les droits prétendus de Tertius, le possesseur ; Primus sera-t-il admis à exercer le retrait contre Secundus ? Outre que notre ancienne jurisprudence accordait cette faculté à Primus, les principes justifient également cette solution, car de deux choses l'une, ou bien Secundus a fait cette opération dans l'intérêt commun, afin d'éteindre une dette litigieuse de la succession, et son cohéritier a le droit de participer à ce

marché (1); ou il a acheté le droit litigieux pour faire une spéculation, qui tombe sous le coup de l'article 1699 destiné à punir les spéculateurs. D'ailleurs l'article 1701 dit qu'il faut être copropriétaire du droit cédé, c'est-à-dire que ce droit soit indivis entre le cédant et le cessionnaire. Or Tertius qui vend sa prétention contre plusieurs héritiers ne cède pas un droit indivis, puisque sa prétention porte sur le droit entier, et Secundus ne sera pas copropriétaire du droit cédé, mais il agira pour la totalité en vertu des prétentions qu'il tient de Tertius le cédant.

II. Le deuxième alinéa de l'article 1701 écarte l'application de l'article 1699, lorsque la cession, qui est opposée à un débiteur cédé, a été consentie à un créancier pour le payer de ce qui lui est dû. Cette aliénation a un but tout à fait moral, puisqu'elle fournit à un débiteur, qui n'a pas les fonds suffisants pour se libérer, le moyen de désintéresser son créancier par *une datio in solutum*. Cette cession est conforme au vœu du législateur, qui avait adopté l'article 1699 dans l'espoir de voir diminuer le nombre des procès. Le créancier, fatigué d'accorder des délais à son débiteur, allait infailliblement le poursuivre devant les tribunaux; cette mesure extrême est évitée grâce à la disposition du deuxième alinéa de l'article 1701.

III. C'est encore pour maintenir une personne « dans une situation acquise » qu'est faite la cession prévue dans

1. Arrêts des 29 avril 1589 et 27 juillet 1610 rapportés par Louet et Brodeau, lettre C, § 5. — Lebrun, *successions*, livre IV, chap. 2, section V, numéros 65 et 67.

le dernier paragraphe de l'article 1701, cession qui est consentie au profit du possesseur de l'immeuble litigieux : ce possesseur exerce un droit sur la chose en litige ; l'aliénation a pour but d'affermir sa situation et de procurer au possesseur la paisible jouissance de son droit, en faisant cesser toute contestation.

Il existe une quatrième exception à l'article 1699. Cette exception n'est pas énoncée dans les dispositions précédentes ; mais elle était formellement prévue par les lois d'Anastase et de Justinien, qui nous l'ont transmise ; et elle est renfermée implicitement dans l'article 1699 lui-même : Les rédacteurs, en insistant sur le caractère de contrat à titre onéreux que doit avoir la cession soumise au retrait, et en exigeant « le remboursement par le retrayant du prix réel ou des intérêts, à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite », laissent bien entendre que l'article 1699, comme les lois romaines, est inapplicable aux aliénations à titre gratuit.

Appendice. — Du pacte *de quota litis*. Ce pacte donne-t-il lieu au retrait litigieux ?

Labori (1) fait mention dans son répertoire d'une convention, connue sous le nom de pacte *de quota litis*. Ce pacte consiste dans l'engagement, pris par une personne ayant des droits litigieux, d'abandonner une quote part du gain, qu'elle retirera du procès, au tiers qui consentira à poursuivre à sa place le débiteur.

1. Labori, *Répertoire du droit français*, tome XI, verbo « *retrait litigieux* ».

Les conditions de ce pacte sont essentiellement différentes de celles qui sont exigées en matière de retrait litigieux. Lorsqu'une cession de droits litigieux a été opérée, la personne du cédant disparaît entièrement ; l'acquéreur devient propriétaire exclusif des droits litigieux et les poursuivra en son nom personnel. Dans l'hypothèse du pacte *de quota litis*, le créancier primitif conserve la propriété intégrale de ses droits, et n'en abandonne que l'exercice au tiers intervenant. La quote-part qui reviendra à ce dernier ne peut être considérée que comme un salaire conditionnel, qui sera déterminé après la clôture des débats.

Supposons que le retrait litigieux soit autorisé contre la personne qui représente l'acquéreur dans le pacte *de quota litis* ; le but du législateur en instituant ce retrait ne se réaliserait pas et le procès ne s'éteindrait pas, puisqu'il subsisterait sur la tête du créancier primitif, (le cédant, dans l'hypothèse d'un véritable transport).

Ce pacte rentre dans la catégorie des mandats salariés, tous les droits restant sur la tête du créancier primitif, et le mandataire n'ayant à espérer qu'un salaire aléatoire, dépendant de la décision plus ou moins favorable des tribunaux.

Un arrêt de la cour de Lyon (1) s'est prononcé dans ce sens, en déclarant que le retrait litigieux ne serait pas applicable au pacte *de quota litis*.

1. Lyon, 22 décembre 1854. (Dalloz 1855, 5, 446).

CHAPITRE III

DU RETRAIT D'INDIVISION

Le retrait litigieux et le retrait successoral ne sont que la continuation, sous un autre nom, des retraits connus autrefois sous le nom d'actions en subrogation. Le retrait d'indivision, consacré par le second paragraphe de l'article 1408 du Code Civil, est, au contraire, une création de ce Code. Ce n'est point qu'il n'ait été préparé par les antécédents juridiques de la question ; mais tel qu'il est organisé, il n'a son équivalent, ni dans le droit romain, ni dans l'ancien droit, bien qu'il prenne ses racines dans l'un et l'autre à la fois.

§ 1. — Du lien entre les deux paragraphes de l'article 1408.

Le retrait d'indivision est une application spéciale d'un principe plus général posé par l'article 1408 paragraphe I. Dans son ensemble, et à part ce cas, cet article a un tout autre objet que le retrait, quel qu'il soit. Il édicte une dérogation aux règles générales de la communauté. En principe, les immeubles, acquis à titre onéreux pendant le mariage, étant présumés acquis avec les deniers de cette

communauté, en font partie à titre de conquêts. Mais il y a tel cas, où l'application de ce principe aurait plus d'inconvénients que d'avantages, et c'est précisément celui de l'article 1408. On peut se représenter ainsi, en la réduisant à sa plus simple expression, l'hypothèse prévue par ce texte.

Un des époux, mari ou femme, est propriétaire indivis d'une quote-part d'immeuble, par exemple d'une moitié. La communauté par l'organe du mari a acheté une autre portion, que nous supposerons, pour la facilité des explications, être précisément l'autre moitié. Dans les conditions générales de l'hypothèse, telle qu'elle est prévue par le paragraphe premier de l'article 1408, cette acquisition a lieu du consentement de l'époux, auquel appartenait la première moitié : si c'est le mari, c'est ce qui résulte des termes mêmes de l'hypothèse ; si c'est la femme, il faut supposer qu'elle a donné son adhésion préalable à l'acquisition faite par le mari. Dans l'un comme dans l'autre cas la règle est la même : l'acquisition, au lieu de profiter à la communauté, profite à l'époux propriétaire de la première portion (moitié dans notre exemple), sauf récompense à la communauté, si c'est avec les deniers de celle-ci que l'acquisition a été réalisée. Le but principal de la règle est évident, c'est d'empêcher une nouvelle indivision de succéder à l'ancienne. Si on avait appliqué les principes ordinaires de la matière, la seconde moitié eut été pour la communauté et l'immeuble se fut trouvé indivis entre la communauté et l'époux copropriétaire.

Grâce à la règle particulière de l'article 1408 § 1 cette seconde moitié ira rejoindre la première, et la propriété pleine et entière sera reconstituée au profit de l'époux, mari ou femme, à qui cette première moitié appartenait. On sortira de cette façon d'un état peu favorable l'indivision, dont on évitera ainsi les « inconvénients » (1).

Le paragraphe premier, en attribuant à l'époux la propriété exclusive d'une portion d'immeuble qui normalement devait tomber en communauté, a pour résultat de faire bénéficier l'époux, originairement copropriétaire par indivis d'une bonne occasion possible, qui autrement profiterait à la communauté.

Mais lorsque le droit indivis primitif appartient à la femme, il est à craindre que le mari, son mandataire légal, administrateur de sa fortune, n'abuse de ses pouvoirs en agissant de manière à la frustrer de cet avantage, au bénéfice de la communauté.

C'est le péril auquel pare le second paragraphe de l'article 1408, qui crée au profit de la femme le droit au retrait. Il est la sanction du § 1 en ce qui concerne la femme, le procédé légal, qui assure à celle-ci, le cas échéant, en dépit de la mauvaise volonté du mari, l'avantage que le § 1 a entendu ménager également aux deux époux.

Pour que la femme puisse exercer ce droit de retrait, les conditions suivantes sont nécessaires : 1° La première

1. Lebrun « *De la communauté* », tome II, livre I, chapitre V, distinction 3, n° 12. — Ce motif a été invoqué également par le tribun Siméon (Locré, tome XIII, pages 456 et 457).

portion indivise appartenait à la femme. 2° C'est sans le consentement de celle-ci que le mari s'est rendu acquéreur, soit au nom de la communauté, soit même en son nom personnel ; que fallait-il décider en présence de cette hypothèse spéciale ? Revenir aux principes généraux de la communauté, c'est-à-dire décider que cette portion formerait un conquêt, c'était accepter l'inconvénient de faire succéder une indivision à une autre, indivision que l'objet général de l'article 1408 était justement d'empêcher ; c'était permettre au mari de prendre pour la communauté un marché avantageux, qu'il aurait dû laisser faire à sa femme ; Attribuer cette seconde portion à la femme, quoiqu'il arrivât, indistinctement, c'était lui imposer le résultat d'un acte, auquel elle n'avait point participé, et qu'elle pouvait tenir à repousser pour une infinité de motifs, tels que l'exagération du prix, ou le désir de ne pas conserver la première portion.

En présence de cette alternative, le législateur a pris un tiers parti : laisser la femme libre de prendre à son compte cette acquisition, en la considérant comme propre, ou de la laisser soit à la communauté soit au mari, selon le titre en vertu duquel celui-ci se l'était procurée.

Mais quand elle s'arrête au premier parti, quelle est au juste la nature de son droit et comment peut-on y voir un retrait ? Cette question dont la solution détermine toute la matière, et précise la portée exacte de l'article 1408 § 2, ne peut être résolue que par un examen des antécédents historiques de la disposition, auxquels il a été fait allusion plus haut.

§ 2. — Origine de ce retrait.

Le premier en date des éléments qui ont servi à fournir la solution, se trouve en droit romain. C'est la loi 78 du titre de jure dotium au Digeste (1). L'hypothèse est presque déjà la nôtre, si ce n'est qu'il s'agit, non de la communauté, que le Droit romain ne connaissait pas, mais du régime dotal. La femme a reçu ou s'est constitué en dot, un immeuble indivis entre elle et un tiers ; le copropriétaire poursuit la licitation, et c'est le mari qui se porte acquéreur : que va-t-il advenir de la portion complémentaire qu'il s'est ainsi procurée ? S'il veut en disposer durant le mariage, il en a le droit, car cette aliénation a pour résultat de remettre les choses dans l'état, où il les avait trouvées, c'est-à-dire telles qu'elles étaient avant la licitation, la dot continuant à ne porter que sur une portion indivise d'immeuble. Que s'il l'a conservée jusqu'à la dissolution du mariage, les deux portions sont alors obligatoirement réunies, la propriété de la première étant considérée comme ayant amené l'acquisition de la seconde, abstraction faite de la question d'indemnité. Le mari ne peut en priver la femme, parce que ce serait la priver de l'occasion qui s'était présentée pour elle de devenir unique propriétaire. La femme ne peut la laisser pour compte au mari, parce que celui-ci n'a acquis la seconde portion, que pour conserver la première, et par une conséquence ainsi forcée de son droit de propriétaire.

1. Loi 78, § 4, livre XXIII, titre 3. « *De jure Dotium* ».

On voit qu'il n'est nullement question de retrait.

La solution romaine passa dans l'ancienne jurisprudence française, mais avec des différences toutes naturelles selon les pays de Droit écrit ou coutumier.

Dans les pays de droit écrit, la règle romaine ne subit qu'un changement insignifiant, sans intérêt pour nous, la défense imposée au mari d'aliéner l'acquisition, faite par lui avant la dissolution du mariage ; mais le droit d'option n'existait pas pour la femme (1), dont l'acceptation continuait par conséquent à demeurer obligatoire.

Dans les pays coutumiers, on distingua le cas d'achat amiable, et celui de licitation. 1^o S'agit-il d'un achat amiable, que le mari était libre de faire ou non, et qui, par conséquent, peut être considéré comme un acte volontaire de sa part ? Aucune dérogation n'est alors apportée au droit commun ; contrairement à ce que le code civil devait décider, l'acquisition devient un conquêt de communauté.

2^o Y a-t-il, au contraire, licitation provoquée par l'autre propriétaire ? Le motif de la règle romaine est accepté, et cette règle est maintenue, telle du moins qu'elle s'appliquait dans les pays de droit écrit : la portion indivise de la femme était susceptible d'un accroissement forcé, et quand cet accroissement s'est réalisé par l'adjudication faite au mari, c'est tout à la fois pour la femme

1. Roussilhe « *Traité de la dot* », numéros 556, 557, 558, pages 118 et 119.

une obligation et un droit de l'accepter. La doctrine et la jurisprudence étaient unanimes en ce sens (1).

C'est tout au plus si quelques auteurs mettent des conditions ou des restrictions à l'application de la règle. Bourjon la repoussait pour le cas où la femme aurait renoncé à la communauté, parce que, disait-il, la présomption que le mari avait agi en vertu d'un mandat tacite de cette dernière, était alors inadmissible (2). Mais il constate lui-même que cette opinion était en contradiction avec la jurisprudence du Châtelet.

Pothier, très peu net sur ce point, semble exiger que le mari ait traité expressément ou tacitement au nom de la femme, n'excluant que le cas où il aurait traité en son nom personnel (3).

Vaslin (4) accorde bien à la femme un droit d'option ; mais il appuie son opinion sur un texte de Bourjon, qui était précisément d'un avis contraire. Encore cette opinion, infirmée par l'autorité même sur laquelle elle s'appuie, eut-elle été tout à fait isolée.

En un mot aucun droit de retrait n'était reconnu à la femme dans l'ancien droit français.

C'est le Code Civil seul, qui a reconnu à la femme le droit d'option. Comment en est-il arrivé à ce résultat, d'un

1. Lebrun, *loc. cit.* — Cochin, *Œuvres*, page 238, tome V. — Ferrière, art. 220, glose. 3, numéro 13.

2. Bourjon « *De la communauté* », chapitre X, section II, dist. 2.

3. Pothier « *Communauté* », numéros 150 et 151.

4. *Coutume de la Rochelle*, tome I, art. 22, § I, numéro 28, page 493.

point de départ tout différent ? Nous le voyons par les travaux préparatoires ; mais nous y constatons également que ce changement a plutôt été le résultat d'une erreur, que d'un plan préconçu ; erreur favorable, puisqu'elle a amené l'établissement d'une règle meilleure, mais innovation peu méritoire, puisqu'elle a été le fruit d'un malentendu (1).

La première rédaction de l'article 1408 (2), ne s'éloignait pas sensiblement encore de l'ancien droit coutumier, contre lequel elle commençait cependant à manifester une réaction. 1^o Il fallait encore que l'immeuble eût été acquis par licitation. 2^o Le mari qui acquérait la seconde moitié de l'immeuble était toujours considéré comme le mandataire de la femme, et celle-ci n'avait pas besoin de manifester son adhésion pour acquérir. Toutefois, et c'est en cela qu'on s'écartait de l'ancienne règle, on imagina un moyen pour lui permettre de repousser l'acquisition, si elle n'en voulait pas, moyen compliqué, et dont l'établissement laborieux montre jusqu'à quel

1. Séance du 13 vendémiaire au XI. Tronchet, *Discussion au Conseil d'Etat*, article 1699.

2. Cette rédaction était ainsi conçue : Art. 1408 « L'immeuble acquis par licitation sur une succession échue à l'un des époux, et dont ce dernier était déjà propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. Néanmoins l'immeuble acquis par licitation et dans lequel la femme avait un droit indivis tombe en communauté, si la femme a procédé seule dans la licitation, comme autorisée de justice au refus du mari, et si en ce cas, le mari s'est rendu seul adjudicataire en son nom. »

point on était encore pénétré de l'idée que l'acquisition s'imposait en principe. Il fallait qu'elle se fût fait autoriser de justice à procéder seule à la licitation, et que ce fût le mari qui se rendit adjudicataire en son nom propre. Cette opposition entre l'initiation de l'acte et son résultat final était réputée nécessaire pour bien marquer que ce n'était pas pour la femme, et comme mandataire de celle-ci que le mari avait agi.

Un débat confus s'engagea sur ce texte. Ce qui résulte le plus nettement de la discussion, c'est que les orateurs avaient souvent perdu de vue, ou ignoraient les dispositions de l'ancien droit sur ce point.

Une première réforme eut lieu sur l'initiative du tribunat, sans difficulté ; il ne fut plus nécessaire, comme le voulait la rédaction primitive, que l'immeuble eût été acquis par succession et fût vendu sur licitation. De là résulte la rédaction actuelle du 1^{er} paragraphe de l'article 1408.

Mais ce qui donna lieu au débat, ce fut la nature du droit à laisser à la femme. En réponse à une observation de Saint-Jean-d'Angély, Tronchet affirma que l'ancienne jurisprudence donnait l'option à la femme, et s'étonna qu'on eut oublié d'exprimer ce principe dans le projet présenté. — C'était là une affirmation manifestement inexacte ; mais personne ne la releva, et l'article fut corrigé en conséquence.

En ajoutant cette disposition, le Conseil d'Etat croyait donc maintenir l'ancienne règle ; c'était une innovation considérable, qu'au contraire il réalisait.

Voici le texte définitif de l'article 1408 : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition ».

Mais comment faut-il considérer le droit de la femme, et de quelle manière justifier l'expression de retrait d'indivision par laquelle on le désigne ? La question se ramène à une autre, qu'il faut résoudre préalablement. De quelle nature est l'acquisition réalisée par le mari, sans le consentement préalable de la femme ? Or, sur ce point, les précédents et les principes conduisent à une réponse, dont il est facile de démontrer l'exactitude. C'est comme chef de la communauté qu'il agit, et la portion d'immeuble acquise est en principe un conquêt : en d'autres termes l'acquisition ne diffère en rien de celle qu'il aurait pu faire d'un immeuble quelconque. C'est d'abord ce que prouvent les textes du droit romain, point de départ de cette évolution. Julianus, et avec lui Tryphonius af-

firmement positivement que la portion acquise était la propriété du mari, non de la femme en principe ; la preuve la plus péremptoire en est d'ailleurs dans la faculté qui appartenait au mari, de disposer de son vivant de la portion ainsi obtenue (1). Il est vrai que les anciennes coutumes attribuaient cette portion à la femme ; mais c'était en vertu de la présomption légale, que c'était elle-même qui avait agi par l'organe du mari (2) et l'innovation du Code a consisté précisément à repousser cette présomption.

C'est en second lieu les principes mêmes du droit. La règle générale, posée par l'article 1401, est que l'immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage est conquêt de communauté. Pour qu'il en soit autrement, il faut que l'immeuble ait été acquis par un des époux en son nom propre, et dans des circonstances, que la loi autorise, ou bien que le législateur l'ait expressément déclaré ; or ici c'est le mari seul qui a figuré dans l'acquisition, à laquelle la femme est restée complètement étrangère, et qu'elle a peut-être ignorée ; d'un autre côté, le texte loin de poser en présomption comme l'ancienne jurisprudence, que le mari a agi pour la femme, décide expressément le contraire. Il ne reste donc qu'à appliquer le droit commun, d'après lequel la portion acquise doit être un conquêt. Enfin les travaux préparatoires suffiraient à dissiper toute espèce de doute, s'il pouvait en subsister un. Le texte primitif cité plus haut, disait que dans le cas où la

1. Dig. « *De jure Dotium* », loi 78, livre XXIII, titre 3.

2. Rousshile « *Traite de la dot* », § 556, page 118.

femme ne voudrait pas de la portion acquise, cette portion deviendrait un conquêt. Tronchet affirmait que c'était aussi la règle de l'ancienne jurisprudence, affirmation inexacte, mais sur laquelle la rédaction définitive a été enfin acceptée.

Ce point admis, la nature de l'option laissée à la femme devient certaine; si l'immeuble acquis par le mari dans les circonstances prévues par l'article 1408, appartient en principe à la communauté, l'acte en vertu duquel la femme, propriétaire de la première partie, prend cette seconde pour elle, est d'une nature juridique bien précise et bien déterminée : C'est celle qui vaut à cette faculté la place qu'elle occupe dans la série des droits existants, en un mot c'est le retrait ; le mari a acquis pour la communauté, mais la femme peut prendre l'acquisition à son compte. La pratique ne s'y est pas trompée, quand elle a désigné cette faculté sous le nom, qu'elle porte universellement, de retrait d'indivision.

Ce qui est plus décisif encore, c'est le langage du Code : La femme, dit-il, parlant du cas où elle prend l'acquisition pour elle, a le droit de *retirer* l'immeuble. Que si faisant allusion au cas où elle s'arrête au parti opposé, il dit qu'elle « abandonne » l'effet : Cette expression peut s'entendre du fait de ne l'avoir pas retiré, tandis que l'expression *retirer* n'est pas susceptible d'une autre interprétation que d'une interprétation littérale. Les principes et les textes sont par conséquent bien d'accord pour fixer la signification juridique des actes accomplis et autorisés.

D'après l'interprétation que nous donnons aux dispositions du Code, voici donc comme on peut résumer la conclusion à laquelle nous sommes arrivés :

Si le mari acquiert seul, c'est-à-dire sans l'intervention de la femme, partie d'un immeuble dont la femme avait déjà une portion indivise, cette acquisition est pour la communauté, conformément aux principes généraux ; mais par une disposition exceptionnelle, introduite en sa faveur, la femme a la faculté de retrait, c'est-à-dire le droit de se substituer à la communauté dans le marché, en prenant la chose pour elle, et en remboursant le prix. C'est en partant de cette idée, que nous allons résoudre la plupart des questions que soulève cette troisième et dernière espèce de retrait.

§ 3. — Quel est le caractère de l'acquisition faite par le mari ?

On a essayé de prouver que la portion acquise par le mari devenait immédiatement un propre de la femme, sous prétexte qu'il agissait en vertu d'un mandat tacite de celle-ci, et par application de la première partie de l'article 1408 (1). Il semble préférable d'admettre que le paragraphe 2 de cet article est une modification du paragraphe premier, qui constitue une exception au droit commun. Le second alinéa est tout différent du premier, et n'exclut pas le droit commun, qu'il faut appliquer par conséquent, en considérant la portion acquise par le mari comme commune en vertu de l'article 1401.

1. Troplong, tome I, numéro 641. — Babinet, *Revue de droit français et étranger*, 1845, tome II. — Cassation, 17 février 1886 (*Gazette du palais*, 27 mars 1886).

On peut invoquer en faveur de cette opinion les expressions de Tronchet « que dans notre ancienne jurisprudence, la femme avait le choix de *retirer* l'héritage, ou de le *laisser* dans la classe des conquêts. » Sans nul doute, cet auteur commettait une inexactitude en prêtant à notre ancienne jurisprudence la création du droit d'option ; c'est néanmoins sur ces paroles que le second paragraphe de l'article 1408 fut voté. Dans cet article les rédacteurs se sont servis du mot « retirer », expression absolument injustifiée si la part acquise par le mari était destinée à devenir un propre ; mais ils ont remplacé le terme « laisser » qu'avait employé Tronchet, par le terme « abandonner » ; or, disent les partisans de l'opinion adverse, on n'abandonne que ce que l'on a.

Il est incontestable que l'une des deux expressions est mauvaise ; mais il est plus logique de comprendre par les termes « abandonner l'effet à la communauté » le laisser dans le patrimoine commun, que d'interpréter le mot « retirer » dans le sens de conserver un propre.

La portion acquise par le mari dans l'hypothèse de l'article 1408 § II, étant ainsi considérée comme faisant partie de l'actif commun (1), il en résulte : 1^o que l'aliénation consentie par le tiers copropriétaire de la

1. Delom de Mézerac, « *Retrait d'indivision* ». — Victor Riston *Retrait d'indivision*, p. 44. — Arrêts anciens : Grenoble, 17 juin 1809. Cassation, 31 mars 1835 (Dalloz, verbo : *enregistrement* numéro 4255). — Nancy, 5 juin 1854 (Sirey, 1854, 2, 785). Caen, 31 juillet 1858 (Sirey 1859, 2, 97). Cassat. req. 24 juillet 1860 (Dall. 1860, 1, 456). Bordeaux, 15 mai 1871 (Dalloz 1871, 2, 237),

femme au profit du mari, constitue une vente et non pas un partage, et donne lieu à la perception d'un droit proportionnel (1) ; 2° que si la femme n'exerce pas son droit d'option, soit qu'elle y renonce positivement, soit qu'elle le laisse s'éteindre par prescription, c'est à la communauté que la part acquise demeure.

§ 4 — Quelles sont les conditions de ce retrait ?

La deuxième partie de l'article 1408 exige, en premier lieu, qu'il y ait eu acquisition « de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant *par indivis* à la femme. »

Il n'est pas nécessaire pour que le droit d'option puisse s'exercer, que le mari ait acheté les parts de tous les copropriétaires de la femme. Pont était d'un avis contraire et soutenait que, si l'acquisition ne faisait pas cesser entièrement l'indivision, l'article 1408 (en général, sans distinction entre les deux paragraphes) était inapplicable, sous prétexte « que le conjoint n'a acheté la part qui lui manquait que pour avoir la propriété de tout l'immeuble » (2).

Le point de départ de cette théorie est inexact : L'article 1408 n'est pas un corollaire de l'article 883 ; mais pro-

1. *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, verbo « communauté » numéro 309. — En outre l'acte doit être transcrit ; — l'acquisition ne sera annulable que pour lésion des sept douzièmes ; — le privilège accordé sera celui du vendeur.

2. *Traité du contrat de mariage*, numéro 482 et *Revue critique*, tome I, page 203. tome II, page 513.

vient d'une présomption légale ; l'époux propriétaire d'une part cherche à acquérir la portion d'un tiers copropriétaire pour augmenter la sienne, et pour faciliter l'acquisition des autres. L'article 1408 du reste ne s'applique qu'à des immeubles, tandis que l'article 883 porte sur toute espèce de biens (1).

Le système de Pont procure en outre au mari un moyen trop facile d'enlever à la femme le bénéfice du droit d'option que la loi lui accorde. Il suffirait au mari, dans le cas d'un marché avantageux, de ne pas acquérir une des portions de l'immeuble dont la femme est copropriétaire, pour rendre l'action de celle-ci impossible, et faire profiter la communauté du bon marché qu'il a conclu.

L'expression « appartenant à la femme », laisse entendre que celle-ci doit avoir sur l'immeuble qui lui appartient par indivis un droit de propriété, et exclut tout autre droit réel que la femme pourrait posséder ; car l'usufruitier et l'usager ne sont pas dans l'indivision avec le nu-propriétaire.

La portion indivise de l'immeuble doit appartenir en propre à la femme, et quelque minime que soit cette portion la femme jouit du droit d'option, pourvu que l'indivision subsiste au moment où le mari se porte acquéreur.

II. — En second lieu il faut que l'acquisition faite par le mari résulte d'un contrat à titre onéreux, puisque la femme est tenue « à rembourser le prix. » En outre,

1. Marcadé, *Revue critique*, 1851, tome I, page 538.

le donateur a choisi la personne qu'il désirait gratifier, et le législateur n'a pas voulu paralyser les effets de la donation ainsi faite au mari (1).

Certaines difficultés se sont élevées sur la nature du contrat à titre onéreux, exigé pour que la disposition exceptionnelle de l'article 1408, § II, puisse s'appliquer. On s'est demandé en particulier, si la femme jouissait du droit d'option, lorsque le mari s'était rendu adjudicataire sur une saisie pratiquée contre la femme et ses copropriétaires, pour une dette grevant l'immeuble indivis, et si l'acquisition résultant d'une saisie immobilière ne constituait pas un titre nouveau, portant sur la totalité de l'immeuble adjugé à l'un des communistes, et non pas seulement sur la portion de cet immeuble appartenant à ces consorts ? (2).

La plupart des auteurs rejettent cette opinion et reconnaissent que l'expropriation est une cause d'acquisition prévue par l'article 1408. L'espropriation est une vente, et la saisie d'un immeuble commun n'enlève pas à l'époux copropriétaire, la propriété de sa part indivise, qu'elle consolide au contraire, en y réunissant la part des consorts de ce propriétaire. (3).

1. Guillouard « *Contrat de mariage* », tome II, n° 540.

2. Bellot des Minières, « *Du contrat de mariage* », I, page 219.

3. Toullier, XII, numéro 157. — Rodière et Pont, I, numéro 615. — Aubry et Rau, V, § 507, note 93, page 311. — Guillouard, II, numéro 523, page 64.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux (1) a refusé l'option à la femme, dans l'hypothèse d'acquisition par saisie, sous prétexte, que pour reconnaître cette faculté, il faut supposer qu'elle a donné mandat à son mari de lui acheter l'immeuble, supposition incompatible avec l'article 711 du Code de Procédure, interdisant à toute partie saisie de devenir adjudicataire des biens saisis.

Il ne paraît pas nécessaire d'invoquer ce prétendu mandat tacite, pour expliquer l'option accordée à la femme ; d'ailleurs pourquoi retourner contre celle-ci l'article 711 du code de procédure, rédigé uniquement dans l'intérêt des créanciers, qui désirent surtout se trouver en présence d'un adjudicataire solvable. Or le mari leur offrira toutes les garanties à cet égard.

En outre, lors de la rédaction définitive, le législateur, en ajoutant au projet les termes « ou autrement » qui figurent dans le Code, a prévu par cette expression toute espèce de contrats à titre onéreux, susceptibles de provoquer la cessation de l'indivision, et s'il avait entendu faire une exception pour la vente sur saisie, il aurait sans nul doute formulé d'une façon précise son intention à ce sujet.

III. Les interprètes reconnaissent une troisième condition, pour que le retrait d'indivision soit autorisé. Il est nécessaire que le mari se soit rendu acquéreur « seul et en son nom personnel, » et que la femme n'ait pas con-

1. 10 août 1870 (Dal. 1871, 2, page 153).

couru à l'acte. — Il est bon de ne pas attribuer à cette prescription de l'article 1408 un sens trop restrictif. Toute intervention de la femme ne devra pas être considérée comme une renonciation à son droit d'option. Souvent au cours de la communauté, elle intervient dans les obligations contractées par son mari ; pour assurer son crédit elle s'engage parfois solidairement avec lui, et il nous semble que, si elle figure à l'adjudication, elle ne doit pas, pour ce seul fait, être considérée comme déchue de la faculté que lui accorde l'article 1408.

Pour que le mari ne soit plus censé acheter en son nom personnel, il faut supposer qu'il était muni d'une procuration spéciale de la femme lorsqu'il a fait l'acquisition, ou encore qu'il l'avait autorisée à passer elle-même le contrat.

Il résulte de la base sur laquelle repose le retrait d'indivision, qu'il constitue une disposition exceptionnelle, et doit par suite être interprété restrictivement.

Cette idée entraîne les conséquences suivantes :

1° Ce retrait n'est applicable qu'à l'acquisition d'immeubles.

Le patrimoine propre des époux comprend des propres immobiliers et des propres mobiliers. Ces derniers sont plus rares en pratique. La liberté des conventions autorise la femme à se réserver dans son contrat de mariage la propriété exclusive des meubles qu'elle apporte ; supposons qu'elle ait dans son contrat de mariage usé de cette

faculté, en déclarant propre tout son mobilier présent et à venir ; si elle acquiert plus tard des droits indivis sur des meubles que son copropriétaire fait mettre en vente, et que son mari achète, la femme pourra-t-elle exercer le retrait d'indivision contre lui ?

L'affirmative a été soutenue par de nombreux auteurs : Si le législateur, disent-ils, a employé le mot immeuble, et n'a pas parlé des meubles, c'est qu'il a préféré se servir d'une formule générale ; les immeubles étant en quelque sorte le type des propres, en se servant de cette expression, il a entendu désigner les propres de quelque nature qu'ils soient, mobiliers ou immobiliers.

M. Guillouard, dont l'opinion paraît mieux fondée, résout dans un sens négatif la question qui nous intéresse. C'est intentionnellement que les rédacteurs de la seconde partie de l'article 1408 ont employé le mot « immeuble ». En introduisant cet alinéa, ils créaient un droit exceptionnel, soumis à une stricte interprétation : s'ils avaient entendu l'appliquer à toutes espèces de propres, il est certain qu'il s'en seraient positivement expliqués (1).

On peut ajouter qu'à toutes les époques, les meubles ont été considérés comme des choses négligeables ; le Code civil, il est vrai, s'est un peu moins inspiré de la règle si répandue dans l'ancienne législation, *res mobilis, res vilis*, mais il n'en reste pas moins incontestable que les meubles et les immeubles forment deux classes absolument dis-

1. Guillouard, « *Traité du contrat de mariage* », II, numéro 545, page 81.

tinctes, ayant leurs règles particulières, et que les objets mobiliers sont encore vus avec une grande défaveur, qui les empêche de profiter d'un grand nombre de mesures protectrices, spéciales aux immeubles.

2° Le retrait d'indivision ne s'applique qu'à l'acquisition d'immeubles déterminés.

Cette solution a été contestée, et une opinion très répandue, justifiée par un certain nombre d'arrêts, a interprété plus largement l'intention des rédacteurs (1). Ce système s'appuie sur les motifs qui ont inspiré l'article 1408 : Si cet article, disent les partisans de la théorie que nous exposons, est véritablement destiné à éviter les inconvénients de l'indivision, il paraît logique d'accorder le retrait à la femme, dans le cas où le mari s'est rendu cessionnaire de droits mobiliers et immobiliers dans une succession, échue en partie à la femme.

Cette théorie est en contradiction avec la tradition et les principes. La loi *de jure dotium* du Droit romain, qui sans doute n'est pas le point de départ de l'article 1408, mais qui réglait un cas assez semblable à celui de cet article, ne prévoyait que l'acquisition d'un immeuble. Nos anciennes coutumes restreignaient aussi l'application des dispositions de l'article 1408 aux cas de licitations d'im-

1. Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 95. — Guillouard, t. II, *Contrat de mariage*, numéro 526. — Huc, tome IX, *Contrat de mariage*, page 131. — Riston, « *Du retrait d'indivision* ». — Pau, 6 juin 1860 (Dalloz, 1860, II, 498). Montpellier, 5 avril 1870 (Dal. 1870, 2, 226). Cassat. 26 janvier 1887 (Sirey, 1890, I, 293).

meubles, et l'on ne s'expliquerait pas l'innovation du Code sur ce point.

En outre, le retrait d'indivision ne s'appliquant pas aux meubles, la femme, en exerçant le retrait dans l'hypothèse qui nous occupe, ne prendrait plus le marché du mari, elle le transformerait en retirant les immeubles, et en abandonnant les meubles à la communauté, ce qui nécessiterait une ventilation pour déterminer la part afférente aux meubles, et celle afférente aux immeubles dans le prix d'acquisition (1).

3° Le retrait d'indivision n'est applicable qu'au régime de communauté.

Lebrun, dans son traité de la communauté, n'accordait le bénéfice des dispositions de l'ancien droit, dans l'hypothèse de l'article 1408, qu'à la femme mariée sous le régime de la communauté légale. L'article 1328 condamne positivement cette interprétation, qui paraît d'une excessive sévérité, et la grande majorité des auteurs, est d'avis d'étendre l'option accordée à la femme, à tous les régimes prévus au titre du contrat de mariage. L'opinion la plus répandue est même de soumettre à cette application le régime dotal (2). Cette théorie s'appuie sur les raisons suivantes :

1. De Folleville, « *Traité du contrat de mariage* », tome I, page 196. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, tome I, numéro 625. — Cassation, 25 juillet 1844 (Sirey, 1844, I, 614). Riom, 13 novembre 1869 (Dal. 269, 2, 231. Sirey, 1870, 2, 39). Bastia, 5 février 1890 (Sirey, 1890, 2, 136. Dalloz, 1890, 2, 363). Toulouse, 1894 (Sirey, 1896, 2, 53).

2. Troplong, *Traité de la communauté*, I, numéro 688. — Rodière et

La disposition du droit romain équivalente à celle de l'article 1408 avait pour objet les biens dotaux ; plus tard cette règle passa dans les pays de droit écrit, et il est naturel d'admettre que les rédacteurs du Code, en consacrant le retrait d'indivision dans l'article 1408, se sont inspirés de la loi romaine. En outre le droit d'option, ayant été reconnu dans l'intérêt de la femme, et pour faciliter les moyens de faire cesser l'indivision, en sauvegardant en même temps les droits de la femme contre une opération préjudiciable de la part du mari, on ne s'expliquerait pas que le législateur ait négligé d'étendre cette mesure de protection à la femme dotale, exposée aux mêmes dangers que la femme commune, puisque, dans un cas comme dans l'autre, le mari a l'administration des biens de celle-ci (1).

L'interprétation (2), qui restreint à certains régimes l'application de l'article 1408 § 2, semble préférable à la théorie qui vient d'être exposée. Le régime de la séparation de biens tout d'abord rend trop distincts les in-

Pont, « *Contrat de mariage* », tome I, numéro 620, page 537. — Aubry et Rau, V, § 537. texte et note 140. — De Folleville, I, numéro 591 bis. — Zacharie, *Droit civil français*, III, page 590. — Toullier, XII, nos 218 et 219. — Limoges, 12 mars 1828 (Sirey, 1829, 2, 73). — Toulouse, 24 janvier 1835 (Sirey, 1835, 2, 389). — Riom, 10 février 1836 (Sirey, 1836, 2 186). — Limoges, 23 décembre 1840 (Sirey, 1841, 2, 426). — Lyon, 20 juillet 1843 (Sirey, 1844, 2, 319). — Grenoble, 18 août 1854 (Sirey, 1855, 2, 91). — Cass., 26 janvier 1887 (Dalloz, 1887, 1, 275).

1. Guillouard, *loc. cit.* n° 546.

2. Bellot des Minières, « *Traité du contrat de mariage* », tome IV page 143.

térêts respectifs des époux pour laisser subsister la présomption, admise par un grand nombre d'auteurs, du mari agissant pour sa femme ; en outre cette théorie nous paraît contraire au texte même de l'article 1408 parag. 2, qui ne semble pas pouvoir s'appliquer au régime de la séparation de biens.

Nous adopterons la même solution pour le régime dotal. La loi 78 *de jure dotium*, que l'on invoque pour étendre le droit d'option à ce régime, renfermait des dispositions qui étaient tout à fait spéciales au régime dotal et différaient absolument du système du Code, puisque la loi romaine déclarait la femme forcément propriétaire là où l'article 1408 § 2 lui accorde l'option. Le régime dotal est soumis en outre à un certain nombre de dispositions avantageuses pour la femme, et de nature exceptionnelle, qui nécessitent un texte formel ; pour ajouter à ces garanties la mesure protectrice et également exceptionnelle, prévue formellement pour le régime de communauté par le second alinéa de l'article 1408, il faudrait un texte positif.

Les termes de l'article qui traite du retrait d'indivision, fournissent enfin un argument irrésistible à l'opinion, qui vient d'être émise. Les expressions « la femme peut abandonner l'effet à la communauté », ou retrayer « en remboursant à la communauté », n'indiquent-elles pas en effet d'une façon très claire l'intention du législateur de restreindre le droit d'option au régime de la communauté ?

§ 5. — **Par qui et contre qui ce retrait peut-il être exercé ?**

C'est à la femme elle même qu'appartient l'action en retrait : C'est elle seule qui pourra faire entrer dans son patrimoine l'immeuble, sur lequel elle avait des droits, et le mari n'a rien à voir dans sa décision. Ce n'est pas à dire que le pouvoir, reconnu à la femme d'exercer elle même cette faculté, soit une nouvelle exception aux règles admises au titre du contrat de mariage ; nous constatons, au contraire, que cette solution est en conformité avec l'article 1428 accordant exclusivement au mari, comme administrateur des propres de sa femme, l'exercice des actions mobilières, réservant par conséquent à celle-ci les actions pétitoires immobilières, dans la catégorie desquelles rentre l'action en retrait d'indivision.

Le retrayé dans l'hypothèse de l'article 1408 § 2 est représenté par la communauté ; puisque, ainsi qu'on l'a établi plus haut, l'immeuble ou la portion d'immeuble acquis par le mari constitue un conquêt, c'est donc contre la communauté représentée par le mari, que la femme, optant pour le retrait, dirigera son action.

Quant à la question de savoir, si les héritiers ou les créanciers du retrayant jouissent de la faculté accordée à leur auteur, elle est commune aux trois retraits du Code, et rentre par suite dans la troisième partie de cette étude.

§. 6. — **A** quelle époque la femme doit-elle exercer ce retrait ? et dans quel délai ?

A cette double question le deuxième alinéa de l'article 1408, répond en ces termes. « Lors de la dissolution de la communauté ».

Mais qu'ont voulu exprimer les rédacteurs du Code par cette formule ? Ont-ils entendu dire que la femme pourrait exercer son option qu'à partir de la dissolution de la communauté ? Ou ont-ils laissé entendre seulement, qu'elle n'aurait l'obligation de se prononcer qu'à cette époque, ayant jusqu'alors la faculté de le faire ?

Bon nombre d'auteurs (1) ont interprété *stricto sensu* les termes de l'article 1408 : Cette expression « lors de la dissolution », signifie d'après eux, que le droit accordé à la femme ne pourra être réclaté par elle qu'au moment de la dissolution. Le retrait d'indivision ayant été institué pour faire cesser l'indivision, tout en sauvegardant les droits de la femme contre une acquisition désavantageuse, si la femme pouvait opter pendant la communauté, cette mesure protectrice du législateur serait inutile, puisque le mari pourrait profiter de son influence pour dicter à la femme le choix qu'elle devra faire dans l'option qui lui est offerte.

1. Marcadé sur l'article 1408 2^o, tome V, page 492. — Odier I, n^o 141. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, § 634, page 545. — Cassation, 25 juillet 1844 (Sirey, 1844, I, 614). Nancy 6 juin 1854 (Sir., 1854, 2, 585). Rennes, 9 février 1891 (Dal. 1891, 2, 174).

Les raisons alléguées par ces auteurs sont insuffisantes, et il paraît préférable de reconnaître à la femme la faculté d'opter même avant la dissolution de la communauté ; la femme, obligée d'attendre cette époque pour exercer l'action en retrait, courrait le risque de subir un préjudice considérable, résultant de l'aliénation que le mari ferait de l'immeuble, ou de la saisie pratiquée par les créanciers de la communauté. Sans doute par suite de l'effet rétroactif reconnu au retrait, cette aliénation consentie par le mari ou la saisie effectuée par les créanciers serait annulée au moment où la femme exercerait son option ; mais les détériorations commises sur cet immeuble resteraient souvent à la charge de la femme, par suite de l'insolvabilité des tiers, auteurs de ces dépréciations.

L'article 1408, il est vrai, s'exprime ainsi « Lors de la dissolution de la communauté » ; mais c'est la limite extrême et non le point de départ de la faculté accordée à la femme, que le législateur entend indiquer par ces expressions ; il a voulu dans l'intérêt de la femme, hâter sa décision, en lui imposant l'obligation de se prononcer à partir de la dissolution, si elle n'optait pas de son propre gré avant cette époque.

Le but de l'article fournit encore un sérieux argument en faveur de cette seconde opinion. En consacrant l'option dans l'article 1408, le législateur voulait donner à la femme le moyen de consolider une propriété qui lui appartenait déjà en partie, et de faire cesser l'indivision sur

cette propriété. Or ce moyen serait momentanément illusoire, si la femme n'avait pas le droit d'exercer son option avant la dissolution, puisque jusqu'à cette époque elle serait, au contraire, astreinte à supporter cette indivision.

Le système qui vient d'être exposé (1), a enfin l'avantage de reconnaître à la femme la faculté de renoncer tacitement à son droit d'option, en cautionnant par exemple les engagements du mari relatifs à l'immeuble susceptible d'être retrayé (2).

La femme ne peut donc être contrainte à se prononcer qu'après la dissolution de la communauté ; mais elle peut manifester son intention avant cette époque. Si elle n'use pas de cette faculté, et si les créanciers et ayants cause du mari ne la mettent pas en demeure de se prononcer, elle aura trente ans pour prendre un parti (3).

§ 7. — Quels sont les effets de la faculté de retrait d'indivision ?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer si la femme use ou non de son droit.

1^{re} hypothèse. — La femme n'exerce pas le retrait, soit qu'elle y renonce, soit qu'elle laisse s'éteindre son droit.

1. Aubry et Rau, tome V, page 314, note 401. — Guillouard, *op. cit.* numéro 551, page 57. — Laurent, tome XXI, *De la communauté légale*, chapitre II, 4^{re} partie, numéro 342. — Huc, *Contrat de mariage*, tome IX, page 135. — Lyon, 30 juillet 1843 (Sir., 1844, II, 319).

2. Huc, *loc. cit.*

3. Riston, « *Du retrait d'indivision* », page 35.

Alors, si le mari n'a acheté que la portion de l'immeuble appartenant aux copropriétaires de la femme, cette acquisition reste à la communauté, et la femme conserve sa portion indivise première ; telle est du moins la solution logique.

On peut cependant y faire une objection: d'abord l'expression du Code « abandonner l'effet à la communauté » *l'effet*, c'est-à-dire la totalité de l'immeuble, puis le but général de l'article 1408, qui est de faire cesser l'indivision. Dans cette opinion, la femme serait obligée de laisser tomber dans la communauté sa part primitive, qui irait ainsi rejoindre la part acquise par le mari.

Il faut répondre qu'il y aurait là une atteinte à la liberté de décision de la femme, contraire à l'esprit général de l'article 1408.

2^e *hypothèse*. — La femme exerce le retrait. Il se produit alors rétroactivement. L'opération effectuée par le mari, n'en demeure pas moins une vente à lui consentie ; mais les droits qu'il a constitués sur l'immeuble soumis au retrait tombent, conséquence que nous constaterons également dans les autres retraits.

Il en sera parlé à propos des effets généraux du retrait, qui seront examinés avec plus de détails dans la troisième partie.

TROISIÈME PARTIE

DES QUESTIONS COMMUNES AUX TROIS RETRAITS DU CODE. DES EFFETS DU RETRAIT

C'est à dessein que dans la partie qui précède, certaines questions communes aux articles 841, 1408 (2°) et 1699 ont été passées sous silence.

Cette seconde partie avait pour objet de faire connaître les règles particulières à chacun des retraits, fixées par suite des circonstances spéciales en vue desquelles ils avaient été admis dans le Code ; il importe maintenant pour compléter cette étude, d'examiner dans cette troisième partie les questions communes aux trois espèces de retraits, et d'analyser en particulier les effets que produisent ces droits de nature exceptionnelle.

CHAPITRE I

DES PERSONNES QUI PEUVENT EXERCER LE RETRAIT ET DE CELLES QUI DOIVENT LE SUBIR

SECTION I. — *Des personnes auxquelles est accordé l'exercice du retrait.*

La faculté d'exercer le retrait, étant une faveur légale, il est bon, lorsqu'on étudie cette matière, de s'en tenir à une stricte interprétation des textes qui s'y rapportent, et d'éviter de leur donner une extension qui dépasse la volonté du législateur.

En étudiant les articles relatifs aux trois retraits du Code civil, on y découvre pour chacun d'eux la détermination de la personne à laquelle est accordée cette faculté. Le successible seul est admis à bénéficier des dispositions de l'article 841 ; dans l'article 1408, c'est la femme seule qui jouit du droit d'option, dont il est fait mention au second alinéa ; et enfin le retrait litigieux de l'article 1699 n'est octroyé qu'au débiteur cédé. La loi s'attache donc au titre invoqué par la personne qui se prévaut du retrait, pour apprécier si le retrait peut lui être accordé. Le Code ayant désigné lui-même la personne

du retrayant, il en résulte que celui-ci ne pourra pas transporter son droit à l'exercice du retrait au premier acquéreur venu, qui n'aurait pas les qualités requises pour cela (1).

Mais, laissant de côté cette restriction qui s'impose, l'on s'est demandé s'il fallait rejeter les dispositions du droit commun, en ce qui concerne les héritiers et les créanciers de la personne à laquelle le Code reconnaît la faculté d'exercer l'action en retrait. N'y a-t-il pas des raisons spéciales pour interpréter plus largement, à l'égard des héritiers et des créanciers, l'intention des rédacteurs ?

Nous répondrons à cette question dans les deux paragraphes qui vont suivre.

§ 1. — **Le droit d'exercer le retrait est-il transmissible aux héritiers du retrayant ?**

L'article 724 du Code civil permet de répondre affirmativement à cette question : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ».

En présence d'un texte aussi positif, il semble qu'il ne soit pas possible de douter un seul instant de l'intention du législateur de reconnaître la transmission de l'action en

1. Tiraqueau, § 26, glose 1, n° 1. — Boulet « *Des retruits sous le Code civil* », p. 36.

retrait, quel que soit le caractère qu'on lui attribue. Constitue-t-elle un droit exclusivement personnel ? Elle passera sur la tête des héritiers du retrayant, qui sont les continuateurs de la personne du défunt. La considère-t-on comme un droit fondé sur un intérêt pécuniaire ? Elle sera comprise dans la catégorie des « droits et actions » dont l'article 724 assure la transmission aux héritiers, sans distinguer s'ils ont pour objet un intérêt pécuniaire ou un intérêt moral (1).

Du reste, les héritiers supportant les inconvénients de l'aliénation qui a été consentie, doivent également bénéficier des avantages qu'elle peut procurer ; or, l'action en retrait est un de ces avantages.

Cette transmission de l'exercice de l'action en retrait au profit des héritiers du cédé n'est généralement pas contestée en matière de retrait successoral et de retrait litigieux ; et l'on s'accorde aussi à la reconnaître en matière de retrait d'indivision.

La seule raison de douter, comme le fait remarquer Toullier (2), est que le retrait d'indivision, étant un droit exorbitant et anormal, devrait subir les restrictions que le Code a appliquées au titre du contrat de mariage à

1. Huc, *Contrat de mariage*, tome IX, page 430. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, tome I. — Delom de Mézerac, « *Retrait d'indivision* », p. 145. — Riston, art. 1408 (2°) p. 19. — Riom, 12 déc. 1888, (Dalloz, 1890. 2. 324). — Leroy, p. 123, « *Retrait litigieux* ».

Contesté en matière de retrait successoral par Huc « *Des successions* », tome IV, pages 383 et 384.

2. Toullier, tome XII, chap. II, sect. I, § 1, n° 469.

certaines dispositions exceptionnelles : C'est ainsi que l'article 1514 déclare expressément que la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte « ne s'étendra aucunement aux héritiers, ascendants ou collatéraux. »

La clause d'apport franc et quitte, étant comme le retrait d'indivision une disposition exceptionnelle, et cette faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte étant limitée dans les termes de l'article 1514, il semble qu'il n'y a aucune bonne raison pour se montrer moins sévère à l'égard du retrait, prévu au second alinéa de l'article 1408.

La réponse à cette objection serait très facile, et l'argument sur lequel elle repose se retournerait contre ceux qui l'invoqueraient.

L'article 1514, en refusant aux héritiers de la femme le droit de bénéficier de la clause d'apport franc et quitte, déroge aux principes établis par l'article 724 : c'est donc une exception, et comme toute disposition de cette nature, elle nécessite un texte formel. Notre législateur a bien formulé dans la section consacrée à la « clause d'apport franc et quitte », la restriction à laquelle Toullier fait allusion ; mais précisément, parce qu'on ne trouve aucune disposition semblable dans les articles consacrés aux trois retraits légaux, on peut en conclure, avec cet auteur, que cette restriction est particulière à l'hypothèse prévue dans l'article 1514, et qu'il n'y a pas lieu de l'appliquer en matière de retraits.

§ 2. — Les créanciers du retrayant peuvent-ils exercer le retrait à sa place ?

L'article 1166 du Code civil autorise les créanciers à exercer les actions de leur débiteur, en vertu de ce principe que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Faut-il, en matière de retrait, s'inspirer de l'article 1166, et accorder aux créanciers du retrayant la faculté d'exercer l'action qui appartient à celui-ci ?

La réponse à cette question n'est pas la même pour les trois retraits du Code.

En ce qui concerne le retrait litigieux, l'affirmative paraît certaine; l'intérêt pécuniaire recherché par le cédé, lorsqu'il exerce cette action, étant évident, les créanciers du retrayant pourront s'en prévaloir. La jurisprudence, après avoir prêté son appui à la solution adverse (1) se prononce maintenant en faveur des créanciers, puisqu'elle accorde l'exercice du retrait litigieux au syndic de la faillite du débiteur, qui représente la masse des créanciers (2).

Pour le retrait d'indivision, cette solution a été moins facilement acceptée, et une opinion fort accréditée refuse aux créanciers de la femme le bénéfice des dispositions de l'article 1408-2°. Cette opinion prend pour prétexte que le retrait d'indivision constitue une prérogative pour la

1. Cassat. req. 6 juillet 1847. (Dal. 1847, IV, 426).

2. Req. cass. 16 janvier 1883. (Dal. 1883, I, 293).

femme, et qu'autrefois en matière de retrait lignager, et de nos jours en matière de retrait successoral, les créanciers n'étaient pas autorisés à se prévaloir de l'action en retrait, appartenant à leur débiteur (1).

Sans doute certaines mesures de protection sont d'un caractère tellement personnel, qu'elles ne sont pas susceptibles d'être accordées aux créanciers de la personne pour laquelle elles ont été consacrées par le législateur ; telle est, par exemple, l'action en séparation de biens, constituant également une mesure protectrice des droits de la femme. Ce bénéfice de la séparation de biens est à coup sûr une garantie d'un caractère tout à fait personnel ; mais il y a bien d'autres dispositions favorables susceptibles d'être invoquées par les créanciers de l'individu qui en bénéficie ; l'hypothèque légale de la femme n'est-elle pas, par exemple, très souvent concédée à des créanciers ?

L'argument d'analogie avec le retrait lignager et le retrait successoral ne justifie pas davantage l'opinion que nous combattons. On s'explique très bien cette solution relativement à ces deux retraits, dans lesquels, nous allons le voir, l'intérêt engagé est surtout moral ; mais dans l'hypothèse de l'article 1408-2° l'intérêt pé-

1. Huc, tome IX, *Contrat de mariage*, page 130. — Odier, *Cont. de mariage*, tome I, n° 143, page 144 (Paris 1847). — Troplong, *Cont. de mariage*, I, tome I, n° 677. — Larombière, *Obligat.* tome I, art. 1166, n° 14. — Cassat. 14 juillet 1834. (Sirey, 1834, I, 533). Riom, 10 février 1836. (Sirey, 1836, II, 186). Cassat. req. 8 mars 1837 (Sirey 1837, I, 331). Riom, 12 décembre 1888. (Dal. 1890, II, 324).

cuniaire prédomine, le retrait d'indivision ayant pour but de consolider un droit préexistant, qui appartient à la femme commune en biens (1).

Faut-il reconnaître également aux créanciers du cohéritier admis à invoquer le bénéfice de l'article 841, le droit d'exercer le retrait à sa place ?

L'intérêt recherché par le successible dans le retrait successoral paraît différer de celui des autres retraits : le retrait d'indivision poursuit un intérêt exclusivement pécuniaire ; le retrayant, dans l'hypothèse de l'article 1699, est jusqu'à un certain point aussi intéressé pécuniairement à l'exercice de l'action en retrait litigieux, tandis que l'héritier, en vertu de l'article 841, agit seulement dans un but moral, en écartant du partage le cessionnaire de la part d'un de ses cohéritiers. Il désire soustraire à la curiosité des étrangers les secrets de famille, et éviter les procès en maintenant dans le partage la bonne harmonie entre les parents ; et cet intérêt moral donne au droit un caractère tout à fait personnel (2). On a opposé (3) à cette solution l'article 882 en vertu duquel les créanciers d'un héritier peuvent intervenir au partage. Ce droit d'inter-

1. Rodière et Pont, « *Contrat de mariage* », tome I, page 545, § 633. — Delom de Mézerac, « *Retrait d'indivision* », p. 148. — Duranton, tome XIV, chap. II, sect. I, § III, n° 203. — Riston, page 49. — Guillouard, tome II, n° 548, p. 84. — Aubry et Rau, tome IV, § 313, note 49, pages 429 et 430.

2. Riom, 12 décembre 1888. (Dalloz, 1890, II, 324).

3. Mourlon, *Revue pratique*, tome IX, « *Du retrait successoral* », numéro 59.

vention est incontestable ; mais tandis que le cessionnaire de droits successifs prend une part active aux opérations en qualité de copartageant, les créanciers n'y sont admis que pour surveiller les attributions faites à leur débiteur.

SECTION II. — *Contre quelles personnes l'action en retrait est-elle accordée ?*

L'action en retrait est accordée aux personnes désignées par la loi, contre le cessionnaire à titre onéreux de la chose soumise au retrait.

Que faut-il décider dans le cas où ce cessionnaire à titre onéreux de l'immeuble sujet au retrait l'a cédé à titre gratuit à une autre personne ? — Il importe, pour résoudre cette difficulté, de distinguer entre le retrait successoral et le retrait litigieux d'une part, et le retrait d'indivision d'autre part.

Les articles 841 et 1699 ont été inspirés par des motifs communs, qui entraînent dans l'hypothèse présente une même solution. Il en est autrement du retrait d'indivision, qui repose sur des considérations toute différentes.

Le retrait litigieux et le retrait successoral sont destinés à atteindre certaines personnes vues avec défaveur par la loi ; l'article 1699 tend à écarter d'un procès le cessionnaire à titre onéreux des droits contestés, faisant l'objet de ce procès, et l'article 841 éloigne des opéra-

tions du partage le non successible, qui acquiert dans les mêmes conditions des droits successifs.

Une opinion fort accréditée prétend soumettre le souscessionnaire à titre gratuit au retrait successoral : elle repose sur des antécédents historiques, concernant le retrait lignager. Tiraqueau (1), considérant le donataire comme moins digne d'intérêt que l'acquéreur à titre onéreux, puisqu'il ne paye pas de prix en échange de l'immeuble, accordait aux parents les plus proches l'exercice du retrait contre le souscessionnaire à titre gratuit.

Pothier reproduisit plus tard ce système, et accorda également le retrait lignager dans ce cas, en vertu de l'obligation *quasi ex contractu*, résultant pour le souscessionnaire du contrat, et l'engageant à subir le retrait et à délaisser l'héritage au profit des lignagers (2).

Le raisonnement de Pothier pouvait se comprendre en matière de retrait lignager, qui consistait à retirer l'immeuble vendu des mains d'un étranger, pour le faire rentrer dans la famille, et par suite donnait la faculté de le suivre entre les mains de tout détenteur. Il n'en est pas de même de notre retrait successoral, qui à l'instar du retrait litigieux, repose sur une question de personne, et non plus sur une question de transmission de biens : il ne s'agit pas de faire rentrer un bien dans une famille à laquelle il appartenait ; mais d'éliminer des opérations du partage, ou d'un procès certaines personnes, que la

1. Tiraqueau, « *De utroque retroactu* », glose I, § XII, n° 5.

2. Pothier « *Retrait* », n° 17.

loi suppose animées d'intentions malveillantes, et dont la présence pourrait amener de grandes difficultés.

Nous constaterons dans le chapitre suivant, que pour des raisons communes à ces deux retraits les articles 841 et 1699 ne s'appliquent pas aux cessionnaires à titre gratuit ; or, quel motif aurait-on de se montrer plus rigoureux à l'égard de la personne qui ne devrait sa qualité de cessionnaire à titre gratuit, qu'à l'intermédiaire d'un acquéreur ?

La faculté, accordée à la femme par l'article 1408, sera autorisée, au contraire, contre le cessionnaire à titre gratuit de l'acquéreur primitif.

Les rédacteurs du Code Civil, en consacrant le retrait d'indivision, n'ont pas voulu permettre à la femme d'écarter telle ou telle personne, mais lui fournir le moyen de sortir d'indivision, en lui offrant l'option dans l'hypothèse d'une acquisition, faite par le mari dans certaines conditions exigées par l'article 1408 (§ 2). La femme, en exerçant son option dans le sens du retrait, prend pour son compte le marché de la communauté, conclu par l'intermédiaire du mari. C'est cette dernière qui est le retrayé, et la personne des sous-acquéreurs est indifférente, qu'ils soient devenus propriétaires, en vertu d'un contrat à titre onéreux ou d'une donation.

CHAPITRE II

DU CARACTÈRE QUE DOIT AVOIR LA CESSION QUI DONNE LIEU AU RETRAIT

Le caractère que doit avoir la cession, qui donne naissance à l'action en retrait, a été seulement indiqué au cours de la deuxième partie, dans laquelle il n'était question que des conditions particulières, exigées par chacun des retraits du Code Civil, en raison des situations spéciales, qu'ils avaient pour but de sauvegarder. Nous avons dit qu'il est de principe, en cette matière, que l'action ne pourra être exercée qu'à l'occasion d'une cession à titre onéreux.

Il importe, dans cette troisième partie, d'examiner avec plus de détails ce caractère, qui constitue une condition *sine qua non*, exigée avec la même rigueur dans les trois retraits.

On trouve dans les textes mêmes relatifs aux retraits la manifestation de l'intention du législateur à cet égard : les articles 841, 1699 et 1408 § 2, en faisant allusion au remboursement du prix, laissent suffisamment entendre qu'il n'y a pas de retrait sans aliénation à titre onéreux.

Les dispositions du § 2 de l'article 1408, ayant pour objet la cessation de l'indivision, il en résulte que les époux, en se rendant cessionnaires des portions appartenant à un tiers sur des immeubles, dont l'autre partie est propre à l'un d'eux, sont présumés acheter pour celui des deux qui est intéressé à la cessation de l'indivision. Cette présomption disparaît en présence d'une donation : le donateur choisit l'époux qu'il veut gratifier, et l'aliénation n'est pas de plein droit censée consentie en faveur de l'époux copropriétaire par indivis.

Les motifs, qui ont fait admettre les actions en subrogation dans notre législation, justifient également l'impossibilité pour le cédé d'exercer l'action en retrait contre un cessionnaire à titre gratuit : ce qu'ont cherché les acheteurs de droits successifs ou litigieux, c'est une spéculation, la réalisation d'un bénéfice et d'un enrichissement aux dépens d'autrui ; or, cette âpreté au gain, que l'on rencontre chez les acquéreurs, n'existe pas, lorsque la cession a été consentie à titre gratuit. Le donataire, qui n'est exposé à aucune perte, a des chances sérieuses de réaliser un bénéfice, si minime soit-il, et cette assurance bannit de son esprit toute idée de chicane et de malveillance.

La loi *per diversas* (1) qui a été le point de départ des actions en subrogation, renfermait catégoriquement cette disposition : « *Si autem, per donationem cessio factu est, sciunt omnes, hujusmodi, legi locum non esse.* » Elle la fai-

1. Code, loi 22, livre IV, titre 33, « *Mandati vel contra* ».

sait figurer au nombre des exceptions admises à la sanction qu'elle avait consacrée ; et Justinien dans la constitution *ab Anastasio* (1), qui est venue compléter la précédente, prévoyait même les fraudes auxquelles pourrait donner lieu cette disposition ; l'exception relative aux donations aurait pu fournir au cédant le moyen de rendre inattaquable une cession à titre onéreux : en dissimulant sous la forme d'une libéralité une véritable aliénation à titre onéreux, il serait parvenu à la soustraire au retrait qui lui était applicable. Pour parer à ces inconvénients, Justinien interpréta dans un sens restrictif la loi *per diversas*, et ne reconnut qu'à la donation pure et simple l'avantage d'échapper au retrait.

Quant à la donation avec charges, elle restait soumise aux règles de la cession à titre onéreux.

La restriction formulée par Justinien a été reproduite par Troplong (2) dans son traité de la vente. Cet auteur fait ressortir le caractère commutatif des donations avec charges ; il considère qu'elles constituent à la fois une libéralité et une vente, ce qui est contraire à l'esprit des lois romaines, exigeant pour qu'une donation soit affranchie du retrait, qu'elle ne renferme aucun élément de la vente : « *Res litigiosa in totum donari potest, pro parte vendi non posse.* » D'ailleurs, d'après Troplong, quand une donation est faite avec charges, l'idée de libéralité n'est pas assez manifeste pour enlever au contrat le caractère commutatif.

1. Code, loi 23, livre IV, titre 35, « *Mandati vel contra* ».

2. Troplong, chap. VII, *De la vente*, § 1009.

Pothier (1) ne partageait pas cette manière de voir, et reconnaissait à la donation avec charges le caractère d'une véritable libéralité, à moins que leur estimation ne les révélât supérieures à la moitié de la valeur de la chose donnée.

Une troisième opinion a été émise par Marcadé (2), qui remet aux magistrats le soin de trancher la question. En présence d'une donation avec charges, c'est aux juges qu'il appartiendra d'apprécier si l'aliénateur a vraiment agi dans une intention libérale, ou si, au contraire, il considérerait les charges imposées par lui au donataire, comme le prix des avantages que celui-ci pourrait retirer du contrat.

Cette théorie paraît plus conforme aux principes de la justice, puisqu'elle donne satisfaction au donateur dont l'intention sera reconnue, et permet de déjouer les fraudes auxquelles recourraient les spéculateurs, pour soustraire leurs acquisitions à l'exercice de l'action en retrait.

On peut se demander, en présence des dispositions de l'ancien droit relativement au retrait lignager, si l'échange n'est pas, comme la donation, un contrat soustrait à l'action en retrait. La négative est généralement enseignée de nos jours, car l'impossibilité d'exercer le retrait lignager, lorsque l'immeuble avait été échangé contre un autre tenait au fondement particulier du retrait lignager, et à la grande valeur qui était attachée aux immeubles à cette

1. *Traité des retraits*, chap. IV, § IV, n° 86.

2. Marcadé, sur l'article 1699, tome VI, § 1, page 349.

époque. En cas d'échange l'aliénation de l'immeuble ne causait aucun préjudice aux héritiers de la ligue du défunt, puisque cet héritage avait été remplacé par un autre de valeur équivalente.

Ces motifs particuliers au retrait lignager n'ont plus leur raison d'être, et le contrat d'échange donne lieu, comme la vente, aux actions en retrait, moyennant le remboursement de la valeur de l'immeuble donné en échange.

Malgré la généralité des termes de l'article 841, on a parfois soutenu que l'acquéreur de droits successifs, en vertu d'une adjudication judiciaire, ne pourrait pas être écarté par voie de retrait successoral, sous prétexte que ce n'est pas le cohéritier qui a cédé son droit, mais la justice qui a cédé les droits d'un cohéritier, et qu'il n'y a pas à proprement parler cession dans le sens de la loi.

Le tribunal civil de Riom a condamné cette prétention, par un jugement du 10 janvier 1895 (1).

Cette solution nous paraît indiscutable, et doit, selon nous, être appliquée aux trois retraits du Code civil. La jurisprudence est du reste fixée en ce sens, et un arrêt de la Cour de cassation (2) a décidé en matière de retrait litigieux, que la faculté d'exercer le retrait s'appliquait aux créances vendues en justice, comme à celles vendues à l'amiable.

Le tribunal de la Seine a jugé conformément à cette décision le 22 juin 1892 (3).

1. *Journal des notaires et des avocats* 1896, article 26102, p. 632.

2. Requêtes 16 janvier 1883. (Dal. 1883, I, 293).

3. Paris, 22 juin 1892. (Dalloz 1894, II, 116).

CHAPITRE III

DES PRESTATIONS QUE DOIT EFFECTUER LE RETRAYANT POUR BÉNÉFICIER DU RETRAIT

Duplessis énumère au sujet du retrait lignager les différents articles dont se compose le remboursement à faire par l'héritier lignager, qui voulait profiter de cette faculté (1).

Dans l'énumération de Duplessis, figurent un certain nombre de prestations, particulières au retrait lignager, ou provenant de dispositions spéciales à la législation coutumière. Telles sont par exemple les épingles de la femme

1. OEuvres de Duplessis, *Traité onzième*, chapitre II, section II. — Le retrayant devait restituer au retrayé : 1^o Les frais du contrat ; 2^o Le vin du marché ; 3^o Les épingles de la femme ; 4^o Les frais de voyage, fait par l'acquéreur pour passer le contrat, ou pour l'exécution des clauses d'icelui ; 5^o Les frais du port de son argent ; 6^o Les impenses nécessaires qu'il a faites en l'héritage ; 7^o Les frais de labours et semences sur l'héritage, lorsqu'il le laisse au retrayant ; 8^o Les frais qu'il a faits en l'instance quand il n'y a pas eu corrélation de sa part et qu'il a tendu le giron après la généalogie cotée et justifiée. 9^o Les droits seigneuriaux par lui payés au seigneur, qui le remboursent, non pas à raison de ce qu'il a payé par la quittance, mais de ce qui lui est dû par la coutume.

Molinia aut Jocalia uxori aut filiis venditoris (2), consistant en une somme d'argent versée à la femme du cédant pour la décider à consentir à la vente. Ces épingles de la femme ne figurent plus au nombre des prestations à effectuer.

Les éliminations nécessaires une fois opérées, et les différences résultant des conditions particulières, auxquelles étaient soumises les personnes et les choses dans l'ancienne jurisprudence étant bien établies, on constate que les remboursements mis à la charge du retrayant pour parvenir à son but, sont au nombre de quatre : 1^o La restitution du prix réel ; 2^o celle des frais et loyaux-coûts ; 3^o des intérêts et 4^o des impenses.

Chacune des prestations dont se compose ce remboursement sera examinée dans une section distincte.

SECTION I. — *De la restitution du prix.*

L'article 1699 impose au cédé, qui veut évincer le cessionnaire de droits litigieux, l'obligation de rembourser à celui-ci le prix réel qu'il a payé : Les articles 841 et 1408 ne font allusion qu'au remboursement du prix, sans ajouter à cette expression le mot réel, comme le fait l'article 1699. Il faut suppléer à cette lacune, et aller au devant de l'intention des rédacteurs du Code. Il est vraisemblable, en effet, que le législateur a entendu sou-

2. Dumoulin, § 55. glose I, n^o 136.

mettre les trois espèces de retraits à une règle commune à cet égard.

Il arrivera parfois, qu'au moment où se produira l'aliénation consentie par le cédant à l'acheteur qui court les chances du retrait, les parties, d'un commun accord, porteront dans l'acte de cession un prix supérieur à celui qui est payé en réalité, exagération destinée à diminuer les chances d'éviction, en faisant craindre au retrayant de faire, s'il exerçait le retrait, une mauvaise opération.

Le retrayant est toujours admis à prouver cette exagération, et la loi lui accorde le droit de faire cette preuve par tous les moyens légaux, il lui suffit d'établir que le prix « a été excogité et pourpensé à son préjudice » (1), même s'il est dans l'impossibilité de déterminer la quotité dont le prix se trouve frauduleusement majoré. Les magistrats, dans ce cas, estimeront le prix qui a dû être réellement payé.

Si dans l'intervalle entre la cession et le jour où le retrayant use de son droit, la chose a subi des détériorations accidentelles, il n'en est pas moins tenu à restituer au retrayé le prix intégral. C'est une conséquence immédiate du retrait. Le retrayant, en effet, prend la place du retrayé, il se substitue exactement à celui-ci dans le marché qu'il a fait, et doit rembourser intégralement le prix convenu entre le cessionnaire et le cédant.

1. Guy Coquille sur l'article 21 de la coutume du Nivernais, « *Titre du retr. lignager* ».

Qu'arrivera-t-il si la cession a été consentie moyennant une rente viagère ?

Un premier point, sur lequel la doctrine et la jurisprudence sont en parfait accord, est que l'aliénation moyennant une rente viagère constitue une véritable vente, et tombe sous l'application de l'action en retrait.

Les difficultés surviennent, lorsqu'il s'agit de déterminer, ce que devra rembourser le retenant pour pouvoir profiter de la faculté, que la loi lui accorde.

Pour trancher ces difficultés, il faut distinguer deux hypothèses :

I. Le crédit-rentier est encore vivant, au moment où le retenant use de son privilège. Dans ce cas, le retenant prenant le marché du retenant, et se rendant acquéreur à sa place, remboursera à ce dernier les arrérages déjà payés, et il s'engagera à servir la rente dans l'avenir au crédit-rentier. Si le crédit-rentier refusait d'accepter le retenant, comme débiteur de la rente, celui-ci fournirait au retenant des cautions pour lui assurer le remboursement des arrérages que ce retenant continuerait à payer dans l'avenir.

II. Le crédit-rentier est mort, avant que le retenant ait intenté l'action en retrait. Pothier a donné deux solutions différentes de cette question : Une première fois, dans son traité des fiefs (1), il part de ce principe, que, dans une aliénation à charge de rente viagère, le prix consiste dans l'aléa couru par l'acheteur, et il en

1. *Des fiefs*, partie II, chap. 2, art. II, sect. 4^{re}.

conclut que, si le crédit-rentier vient à mourir, l'aléa disparaît, et le contrat cessant d'être un contrat aléatoire, le marché change de nature, et le retrayant ne peut plus intenter l'action en retrait, car ce n'est plus le marché primitif qu'il reprendrait.

Dans un autre traité (1), Pothier professe une opinion différente ; il admet le retrait dans l'hypothèse où il le rejetait au titre des fiefs ; mais il déclare que le remboursement aura pour but d'indemniser le retrayé du risque dont il s'était chargé par le contrat. L'estimation du montant du risque, au moment du contrat, sera confiée à des arbitres.

Les principes reconnus en matière de retraits semblent donner tort aux deux systèmes proposés par Pothier. Le retrayant prend pour son compte le marché du retrayé, tel absolument que celui-ci l'avait conclu. En s'engageant à servir une rente viagère, comme prix de la cession qui lui était consentie, le cessionnaire a voulu spéculer sur l'aléa, résultant de ces sortes de contrats ; le retrayant, en reprenant son marché, entend profiter également de cet aléa.

Forcer d'autre part le retrayant à payer une somme déterminée par des arbitres, c'est le soumettre à des conditions plus onéreuses que l'acheteur primitif, et s'écarter ainsi du fondement du retrait.

1. Pothier, « *Traité des retraits* », 1^{re} partie, chap. IV, n° 79 *in fine*, renvoie au titre des fiefs dans l'introduction à la coutume d'Orléans, n° 246.

L'opinion la plus répandue aujourd'hui, autorise le retrait contre le cessionnaire débit-rentier, moyennant le remboursement des arrérages par lui payés, et rien de plus. Cette opinion est conforme à l'intention du législateur, qui veut voir le retrayé rendu complètement indemne, mais qui lui interdit tout bénéfice (1).

SECTION II. — *De la restitution des frais et loyaux-coûts.*

Le principe est ici le même qu'en matière de restitution du prix. Le retrayé doit être indemnisé de tous les débours qu'il a faits pour parvenir au contrat : la loi ne veut pas qu'il subisse le moindre préjudice ; mais d'autre part, elle tient à ce qu'il ne puisse réaliser aucun profit. « Les frais et loyaux-coûts » représentent les sommes que le retrayé a été obligé de déboursier pour devenir cessionnaire. Dans les contrats de vente, les frais sont, en règle générale, à la charge de l'acheteur : c'est le retrayé qui les a payés et il est de toute justice, qu'étant frustré du droit à l'occasion duquel ils ont été faits, il en soit remboursé. Ils comprennent généralement les honoraires de l'officier ministériel, qui a reçu l'acte de cession, le timbre sur lequel est relaté le contrat, et aussi les droits

1. Chambéry, 12 février 1878. (Dalloz 1879, II, 201). — Duranton VII, n° 198. — Demolombe, *successions*, tome XVI, n° 114. — Aubry et Rau, tome VI, page 528, § 621 *ter*. — Laurent, tome X, n° 383.

versés à l'enregistrement. Il y a lieu d'ajouter à ces articles, en matière de retrait litigieux, les frais de l'instance, à la condition toutefois que la cession du droit en litige n'ait pas été dissimulée au retrayant.

Il arrivera souvent, on l'a remarqué plus haut, que les acheteurs de droits sujets à l'action en retrait, exagéreront le prix véritable dans l'acte de cession, pour décourager les retrayants qui auraient l'intention d'exercer le retrait. De cette majoration du prix, il résulte une augmentation sensible des frais et loyaux-coûts, l'honoraire proportionnel du notaire sera plus considérable, et l'enregistrement percevra un droit plus élevé.

Notre législateur a prévu cette injustice, et il a autorisé le retrayant à faire la preuve de cette exagération déloyale. La fraude une fois découverte, et le prix véritable étant déterminé, l'obligation du retrayant se réduit à la restitution du prix réel et des frais et loyaux-coûts proportionnels.

En ce qui concerne les frais accessoires tels que les dépenses de voyage, les honoraires des experts, etc., prévus par l'Ancien Droit, on peut poser en principe qu'ils ne sont pas remboursables. Néanmoins, si la conclusion du contrat avait été l'occasion de frais considérables et indispensables pour l'acheteur, il nous semble équitable de confier aux juges le soin d'apprécier s'il n'y a pas lieu, pour le retrayant, d'en tenir compte au cessionnaire, en prenant pour base l'utilité des dépenses et la bonne foi de ce dernier.

SECTION III. — *Du remboursement des intérêts.*

Toujours en vertu du même principe qui préside à toutes les dispositions de ce chapitre, relatives aux restitutions obligatoires lorsqu'il s'agit de retrait, le retrayé ne sera complètement indemnisé que par le remboursement des intérêts du capital qu'il a aliéné pour se rendre acquéreur. Du jour où il a payé la somme exigée par le vendeur en échange de la chose cédée, il a été privé de la jouissance de son capital, et il est juste que le retrayant lui tienne compte de ce sacrifice, par suite duquel ce dernier va pouvoir profiter de l'action en retrait.

Cette restitution des intérêts est exigible en matière de retrait litigieux et de retrait successoral, bien qu'il n'y soit fait allusion que dans l'article 1699 : les motifs qui ont inspiré ces deux retraits étant communs, il n'y a aucune raison pour ne pas imposer aux parties qui interviennent dans chacun d'eux les mêmes obligations. Pour le retrait d'indivision la solution est différente, et la femme ne sera tenue au paiement des intérêts qu'à la dissolution de la communauté, car pendant la communauté les intérêts de la somme d'argent que devait payer la femme tombent dans le patrimoine commun à titre de fruits.

L'action en retrait mettant le cessionnaire en demeure et le constituant possesseur de mauvaise foi, lui impose donc l'obligation de restituer les fruits qu'il aurait perçus depuis le jour où elle a été intentée.

On s'est demandé s'il n'y avait pas lieu d'établir une compensation entre les fruits perçus par le retrayé antérieurement à l'action en retrait et les intérêts remboursables par le ratrayant. La solution négative semble s'imposer ici ; car la loi a textuellement prévu dans l'article 1699 le remboursement des intérêts, mais nulle part elle n'a fait allusion à une compensation possible entre les intérêts et les fruits en matière de retraits, or ce mode d'extinction des obligations ne peut se produire que dans les conditions prévues par la loi, ou dans les hypothèses formellement énoncées dans un texte.

Cette compensation, du reste, serait nuisible au retrayé qui ne serait, par ce procédé, désintéressé qu'en partie, puisque, comme le fait très bien observer Laurent (1) : « Les intérêts sont toujours plus élevés que la valeur des fruits ».

La Cour de Bordeaux s'est prononcée contre la possibilité d'une compensation, dans un arrêt du 25 mars 1857 (2).

Laurent (3), en étudiant le retrait successoral a exagéré, semble-t-il, l'obligation du retrayant à la restitution, en proposant d'accorder au retrayé le droit au remboursement, non seulement des intérêts, mais encore des intérêts de ces intérêts ; sous prétexte que la restitution des intérêts seulement serait insuffisante pour dé-

1. Laurent, tome X, chap. X, sect. IV, n° 378.

2. Dalloz 1857, 2, 116.

3. Laurent, *loc. cit.*

s'intéresser le retrayé, qui serait encore en perte de la somme représentative des intérêts de ces intérêts.

Les rédacteurs du Code ont répondu à cette théorie dans l'article 1154 : « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière ».

Les hypothèses dans lesquelles les intérêts sont eux-mêmes productifs d'intérêts sont exceptionnelles : elles ne peuvent être admises sans un texte formel, ou en dehors des termes d'une convention expresse, et sans la réalisation d'un certain nombre de conditions, indiquées dans l'article 1154. Or dans aucun article du Code, où il est question du retrait, le législateur n'a fait allusion à la restitution des intérêts des intérêts.

SECTION IV. — *De la restitution des dépenses faites sur la chose retrayée.*

Si l'on recherche dans le texte des articles, la manifestation de l'intention du législateur au sujet des dépenses, faites par le cessionnaire sur la chose retrayée, pendant le temps qu'a duré sa possession, on est tenté, par suite du silence des rédacteurs à cet égard, de ne pas les comprendre dans les restitutions imposées au retrayant.

L'article 1699 emploie cependant une expression qui

nous semble faire allusion à la restitution des impenses, en accordant le retrait litigieux, « moyennant le remboursement des frais et loyaux-coûts. » Nous avons examiné dans la même section la question du remboursement des frais et loyaux-coûts ; mais nous constatons que cette expression « loyaux-coûts » renferme un sens plus général que le mot frais ; les frais forment un des articles des loyaux-coûts : les frais légitimes constituent un coût-loyal, et nous croyons que l'on peut faire rentrer aussi les impenses dans cette classe générale ; car l'impense nécessaire et raisonnable est également un coût-loyal (1).

Pour connaître l'étendue de la restitution due par le retrayant, en ce qui concerne les dépenses faites sur la chose par le retrayé, il suffit de s'en tenir à une stricte observation des principes du droit et de l'équité.

Les dépenses nécessaires ayant empêché la chose de périr, et par le fait, ayant sauvegardé le droit du retrayant, doivent être intégralement restituées.

La partie finale de l'article 555 du Code Civil tranche la question au sujet des dépenses utiles, en obligeant la personne qui en profite à restituer la plus-value, qu'elles ont procurée à la chose. Le retrayant devra donc, en évinçant l'acheteur, lui tenir compte de l'augmentation de valeur que ses travaux ont donnée à la chose. Si les dé-

1. Loysel interprétait dans le même sens l'expression « *loyaux-coûts* » lorsqu'il disait « *Loyaux-coûts sont entendus de frais de lettres, labourages, semences, façons et réparations nécessaires* ». (*Institutes coutumières*, livre III, titre V, § 39).

penses faites par l'acheteur n'ont procuré aucune plus-value à l'immeuble, le retrayant n'a aucune obligation envers le cessionnaire, qui n'était pas tenu à les faire.

Quant aux dépenses voluptuaires, elles demeureront à la charge du retrayé, qui n'obtiendra comme compensation que le droit d'emporter les objets, susceptibles d'être enlevés sans causer de détériorations.

Il y a un cas où les dépenses utiles seront assimilées aux dépenses voluptuaires : c'est celui où elles auront été tellement exagérées que l'intention frauduleuse du cessionnaire ne pourra être mise en doute ; il est manifeste qu'il a voulu, en multipliant ces dépenses, faire reculer le retrayant par la perspective d'une restitution excessive. Il semble juste de retourner contre le retrayé les conséquences de son dol, en lui refusant tout recours contre le retrayant, et en ne lui accordant que le *jus tollendi* (1).

SECTION V. — *Dans quel délai doivent avoir lieu ces restitutions ?*

Le retrayant qui use de la faculté du retrait est intéressé à exécuter dans le plus bref délai possible les obligations que la loi lui impose ; car la perfection du retrait est subordonnée à cette exécution. Une question, qui a sou-

1. Cette question du remboursement des impenses a été résolue dans ce sens par un jugement du tribunal supérieur de Colmar, du 27 avril 1892, rendu par interprétation du Droit français (Dalloz, 1893, II, 12).

levé des controverses dans la doctrine, est celle de savoir, si la loi impose au retrayant, pour être admis au bénéfice du retrait, l'obligation de faire des offres réelles ?

M. Colmet de Santerre le prétend :

« Le droit de celui qui exerce le retrait est subordonné
« à une condition : Cette condition consiste dans le rem-
« boursement du prix réel de la cession et d'autres acces-
« soires. Celui qui a un droit conditionnel, doit prouver
« que la condition s'est accomplie, ou qu'elle a manqué
« par le fait de l'adversaire. Pour établir ce dernier fait,
« il ne suffit pas de montrer qu'on a dit avoir l'intention
« de payer une certaine somme ; mais il faut prouver,
« qu'on a réellement mis cette somme à la disposition de
« l'autre partie, il faut donc prouver qu'on lui a présenté
« les deniers. Il n'est pas besoin, du reste, d'organiser une
« véritable procédure d'offres avec consignation et juge-
« ment de validité, mais un procès-verbal de présentation
« est nécessaire. Sinon les choses ne seraient pas égales
« entre les parties, puisque le cessionnaire serait dépouil-
« lé d'un droit payé par lui, sans être sûr de rentrer dans
« les sommes qu'il a déboursées. Si la loi permet de
« l'exproprier, au moins faut-il qu'il n'éprouve aucun
« retard dans le recouvrement de l'indemnité qui lui est
« allouée » (1).

Nulle part, la loi n'a fait la moindre allusion à la formalité qu'exige M. Colmet de Santerre, bien plus la tra-

1. M. Colmet de Santerre, tome VII, § 146 bis, IX.

dition rejette cette nécessité de faire des offres réelles (1), et notre législateur n'ayant pas manifesté l'intention de déroger à l'ancienne jurisprudence à cet égard, il n'y a aucune raison pour la lui supposer (2).

Il faut donc considérer comme suffisante de la part du retrayant, une déclaration dans laquelle il formulera son intention de bénéficier du retrait, en remboursant à l'acheteur, quand il lui plaira, le prix, les frais et loyaux-coûts. Pour éviter que l'acheteur ne soit tenté de contester plus tard cette déclaration, le retrayant fera bien de recourir à l'intermédiaire d'un huissier ou d'un notaire. Bien que l'intervention de ces officiers publics, chargés aussi de transmettre les offres réelles, lorsqu'il y a lieu à cette procédure, semble établir une analogie entre ces deux formalités, il importe cependant de les bien distinguer, car la consignation est exigée lorsque le créancier refuse d'accepter les offres réelles. Elle n'est pas nécessaire, au contraire, si, après la déclaration du retrayant, l'acheteur refuse d'accepter le remboursement.

1. Guillouard « *De la vente* », chap. IV, sect. II, n° 901.

2. Huc, *Retrait successoral*, tome V, p. 397. — Dalloz, verbo *successions*, n° 1977. — Huc, *Traité de la cession des créances*, p. 348. — Desjardins, *loc. cit.* n° 95, *du retrait litigieux*. — Aubry et Rau, tome IV, § 359 *quater*, page 458.

CHAPITRE IV

DE LA NATURE ET DES EFFETS DU RETRAIT

Nous avons jugé préférable de réunir dans un même chapitre l'étude de la nature du retrait et des effets produits par l'exercice de cette faculté, qui figure dans le Code sous les articles 841, 1408-2° et 1699. Après avoir établi la nature véritable de ce droit, nous serons obligés, pour être complets, de déduire les conséquences qui résultent du caractère juridique, que nous lui reconnaitrons. Ces conséquences ne sont en réalité que des effets du retrait ; il importait donc pour la parfaite intelligence du sujet, et afin d'éviter des redites, de traiter dans le même chapitre le caractère de cette institution et les effets qu'elle produit en vertu de ce caractère.

SECTION I. — *Nature du retrait.*

Les retraits ayant pour but de faire perdre à un acheteur le bénéfice d'un marché conclu par lui, pour en faire profiter une autre personne désignée par la loi, on

est amené à rechercher quels sont les faits indiqués par le législateur, comme susceptibles de produire de pareilles transformations dans un contrat, et de frustrer ainsi un particulier des droits qu'il a acquis.

Les articles 1304 et suivants du Code civil consacrent l'existence des actions en nullité et en rescision dans notre législation. L'action en retrait qui fait perdre au cessionnaire son marché, est-elle de la famille de ces actions en nullité et en rescision ?

Outre que l'action en retrait est intentée par le retrayant, c'est-à-dire un tiers, contre la personne privée de son acquisition, en vertu de la loi, tandis que la demande en nullité est accordée, non pas à un tiers plus ou moins intéressé à la rescision de l'acte accompli par l'incapable, mais à cet incapable lui-même ; l'on constate que l'acquisition donnant lieu au retrait, loin d'être annulée en vertu de ce droit, subsiste au contraire intégralement ; elle est tout simplement transportée sur la tête d'une autre personne, telle absolument qu'elle avait été consentie au retrayé.

Ceux qui admettent, comme on le verra plus tard, l'obligation directe du retrayant à l'égard du cédant font penser à la possibilité d'une novation, et le retrayé semble devoir sa libération à ce mode d'extinction des obligations : il existait, en effet, une obligation entre deux parties, le cédant, créancier du prix, et le retrayé, débiteur de ce prix ; au moyen du retrait, une tierce personne, le retrayant, intervient dans cette obligation, et s'engage à payer le prix au cédant, aux lieu et place du retrayé.

L'analogie entre cette opération et la novation n'est qu'apparente : celle-ci ne peut se produire qu'avec le consentement réciproque du nouveau débiteur et du créancier, et généralement aussi du débiteur primitif. Si parfois la loi reconnaît la possibilité d'une novation sans le consentement du débiteur primitif (c'est ce qui se passe dans l'expromission), elle ne dispense jamais du consentement du créancier. Le retrait, au contraire, s'opère à l'insu du créancier.

Le retrait, ne pouvant être considéré comme le résultat d'une action en nullité ou d'une novation, n'y a-t-il pas lieu de lui attribuer le caractère d'une vente ? Les éléments constitutifs d'un contrat de vente, ne se trouvent-ils pas dans le fait du retrayant, prenant pour son compte le marché du cessionnaire primitif, moyennant le remboursement des sommes payées par lui ?

L'attribut le plus essentiel aux contrats, dans la catégorie desquels figure la vente, fait défaut à l'action en retrait : le retrayant, en acquérant les droits du retrayé, moyennant le versement d'une certaine somme, se comporte comme un véritable acheteur ; mais, contrairement aux principes élémentaires de la vente, cette aliénation a lieu sans le consentement de l'une des parties, le vendeur apparent, le retrayé dans notre hypothèse.

La plupart des jurisconsultes, qui ont examiné cette question, refusent de voir dans l'exercice du retrait la réalisation d'une seconde vente au profit du retrayant. Les commentateurs de notre ancien droit, comme ceux

de notre législation actuelle, sont généralement d'accord pour reconnaître à la faculté consacrée par les articles qui ont été expliqués, une nature exceptionnelle, résultant d'une disposition particulière du législateur(1).

Le tribunal de Pontl'Evêque (2) a décidé dans un jugement du 30 janvier 1867, « que le retrait successoral consiste dans la substitution d'une personne à une autre dans le contrat par lequel cette dernière avait acquis des droits à une succession, et qu'il ne constitue pas un second contrat, une seconde cession de ces mêmes droits ».

Labbé (3) définit le retrait : « La substitution d'une personne à une autre, d'un acheteur à un autre dans un contrat de vente. »

Le retrait est donc une substitution au sens général de l'expression, et jusqu'à un certain point aussi, au sens particulier que les rédacteurs du Code prêtent à ce mot dans le Chapitre VI du titre des donations. On peut constater, en effet, entre la pratique du retrait et celle des substitutions, une certaine analogie, qui apparaissait surtout dans l'ancien droit, ainsi que l'atteste l'atteinte que leur portèrent les lois de l'époque intermédiaire, en abolissant toute une catégorie de retraits, et une classe spéciale de substitutions.

La substitution, à l'instar du retrait, est une fiction,

1. La jurisprudence est en ce sens. Cassat. 17 janvier 1892, (Sirey. 1893, I, 17).

2. Dalloz, 1867, III, 24.

3. Labbé, *Etude sur les retraits* (Revue critique, 1855, § 3, p. 143.)

qui fait passer directement les droits d'une personne propriétaire sous condition résolutoire, sur la tête d'une autre, comme si la première n'avait jamais été propriétaire.

A côté de ces caractères communs, il existe entre ces deux institutions des différences importantes : le retrait ne s'exerce que sur des actes à titre onéreux ; la substitution résulte, au contraire, d'une libéralité.

La substitution de l'appelé dans les droits du grevé est déterminée d'une façon précise par la loi, et est indépendante de la volonté de l'appelé ; la substitution du retrayant au retrayé est la conséquence d'un acte volontaire du retrayant.

Par l'effet du retrait, le retrayant est mis à la place de l'acheteur, et exerce tous les droits qui provenaient à ce dernier de l'acquisition réalisée. C'était l'opinion de nos anciens auteurs, et Dumoulin l'exprimait dans cette phrase : « *Perinde est ac si emisset ab ipso venditore, et primus emptor, non si amplius, in consideratione et perinde habetur ac si non emisset* » (1).

Tiraqueau (2) exprimait la même idée en ces termes : *Præsertim ob retractum fingitur emptor retro non acquisisse ; qui retrahit contractum ipsum approbat ; nam in se sponte jus et locum emptoris transfert.*

Déjà bien avant Labbé, Pothier (3), dans son ou-

1. Dumoulin, *Coutume de Paris*, titre I, § XX, gl. 8.

2. Tiraqueau, *Du retrait lignager*, § 29, glose II, n° 3.

3. Pothier. *Des retraits*, article préliminaire, n° 1.

vrage sur les retraits, précisait le caractère de cette substitution, qu'il appelait une subrogation : « il ne tend pas à rescinder et détruire le contrat ; mais à subroger en tous les droits résultant du contrat, la personne du retrayant à celle de l'acheteur, sur qui le retrait est exercé. »

Un grand nombre d'auteurs, à la suite de Pothier, se sont efforcés de faire ressortir ce caractère de subrogation, et dans les définitions qu'ils donnent du retrait ils y font allusion, et considèrent le retrait comme une faculté, donnée à une personne autorisée par la loi, de se faire subroger aux droits d'un acheteur.

Ce n'est donc pas en vertu d'une novation qui ne peut se produire qu'avec le consentement du créancier ; ce n'est pas davantage en vertu d'un contrat de vente exigeant également le consentement réciproque des parties, que le retrayant est substitué au cessionnaire retrayé, c'est en vertu d'une subrogation légale due à une disposition spéciale de notre législateur, et n'exigeant pas le concours du cédant. Par suite de cette fiction, les droits du cessionnaire sont résolus de plein droit : ils sont censés avoir toujours existé au profit du retrayant.

Cette manière d'envisager le retrait est parfaitement conforme à la définition de la subrogation d'après Aubry et Rau (1).

1. Aubry et Rau définissent la subrogation, « une fiction juridique, admise ou établie par la loi, en vertu de laquelle une obligation éteinte au regard du créancier originaire par suite du paiement qu'il a reçu d'un tiers, ou du débiteur lui-même, mais avec des deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet, est regardée comme

Il sera plus facile, après avoir ainsi dégagé la nature du retrait, d'analyser les effets qu'engendre l'exercice de cette faculté.

Cette question des effets du retrait a été vivement controversée, et l'on verra dans la section suivante, qu'elle a donné lieu à deux systèmes principaux, produisant des conséquences absolument opposées.

SECTION II. — *Des effets du retrait.*

Par suite de l'effet rétroactif de la subrogation, qui s'est opérée dans la personne du retrayant, le retrayé est censé n'avoir jamais été propriétaire des biens acquis par lui et transportés par la substitution sur la tête du retrayant. A prendre à la lettre les effets de cette résolution, il semblerait que la personne du retrayé doive complètement disparaître : n'ayant plus aucun droit à exercer, il ne devrait plus conserver d'obligations ; tout se passerait dès lors entre le retrayant et le cédant.

C'est sur ce point qu'on constate une importante divergence d'opinions parmi les jurisconsultes. Les uns admettent cet effet absolu de la subrogation, et ne laissent en présence que le retrayant et le cédant, tandis que les au-

continuant de subsister au profit de ce tiers qui est autorisé à faire valoir, dans la mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions de l'ancien créancier. » (tome IV, p. 168, § 321).

tres, s'attachant moins strictement à l'observation des règles de la condition résolutoire, ne reconnaissent à la subrogation qu'un effet relatif, limité aux rapports du retrayant et du retrayé.

Pratiquement la question consiste à savoir, si, lorsque le retrayé ne s'est pas libéré de son prix d'acquisition, le cédant est en droit, une fois le retrait opéré, de lui réclamer le paiement. Ceux qui admettent l'effet absolu du retrait, refuseront cette faculté au cédant; elle lui sera reconnue, au contraire, par les partisans de l'effet relatif.

Un des plus ardents défenseurs du système de l'effet absolu du retrait était, dans l'ancien droit, le savant Tiraqueau. Il insiste à différentes reprises sur cet effet, et dans le paragraphe premier de son traité du retrait lignager, il y revient en plusieurs endroits (1).

1. Tiraqueau, *Du retrait lignager*, § I, glose XVIII, n^{os} 34-39-40 41-34. « Ego tamen, diversum censeo, videlicet consanguineum non teneri, solvere pretium non solutum, et cujus solvendi dies nundum cessit, non magis quam ipsum emptorem in cujus locum, ille ex nostra consuetudine substituitur atque subrogatur ». 39. « Nec dici potest emptorem manere abstrictum ac obligatum venditori, post cessionem a se factam consanguineo vi istius statuti; quia cum id faciat ex necessitate videtur esse liberatus eo obligatione solutionis pretii.... Alias autem hoc statutum esset omnium nequisimum quod cogeret emptorem, re sibi vendita cedere, aliumque in sui ipsius locum reponere et nihilominus pretium ejusdem rei solvere ». 40. « Quod si venditor quærat... se hujus consanguinei fidem secutum non fuisse ». 41 « Huic ita responderi potest quod.... ab initio scierit jus ei esse venditionem sibi avocandi, atque ita se in locum et jus emptoris transfudendi ».

Le système de Tiraqueau a été repris de nos jours par Labbé (1) et Mourlon (2), qui jugent préférable de considérer les effets du retrait comme absolus, libérant d'une part complètement le cessionnaire, et obligeant à sa place le retrayant vis-à-vis du cédant.

D'après l'opinion de ces auteurs, la subrogation faisant perdre au cessionnaire le bénéfice de son marché, pour en faire profiter une tierce personne, il est de toute justice que cette personne, bénéficiant des avantages de l'opération, en subisse également les charges : la loi a toujours admis cette compensation équitable, et on ne voit pas pour quels motifs elle dérogerait aux principes en cette matière. La condition résolutoire accomplie, en remplaçant les parties dans l'état où elles se trouveraient, si le contrat affecté de cette condition n'avait pas eu lieu, fait disparaître la personne du retrayé, qui est censé n'avoir jamais conclu de marché avec le cédant, et par le fait n'avoir jamais été son débiteur.

Le second système compte de très nombreux partisans, qui limitent les effets du retrait aux rapports du retrayé et du retrayant (3).

Dumoulin (4) soutenait cette théorie dans l'ancienne jurisprudence : *Si actor* (le retrayant) *se expromissorem of-*

1. Labbé, *loc. cit.* pages 142 et suivantes.

2. Mourlon, *Revue pratique de droit français*, tome IX, 1860.

3. Aubry et Rau, tome VI, § 621 *ter*, n° 4, note 68, page 531. — Brives Cazes, *Revue de législation* 1851, tome XI, pages 69 et suivantes. — Desjardins, *Revue pratique*, tome XXX, p. 273.

4. Dumoulin, *Coutume de Paris*, titre I, § XX, glose VIII, n° 8.

ferat loco emptoris, an teneatur venditor mutare et novare debitorem? Respondeo quod non ex quo obligatio semel et constituta et perfecta.»

Pothier, qui s'est toujours beaucoup inspiré des préceptes de Dumoulin, a pris le parti de celui-ci dans la controverse, et il professe : « Que l'acheteur étant censé s'être chargé de courir le risque du retrait, ce retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est exercé aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le décharger de son obligation (1) ».

Pothier puise dans le caractère aléatoire du contrat d'acquisition, conclu par le cessionnaire, un argument en faveur de la théorie qu'il soutient. Le cédant, en transmettant à cet acheteur des droits susceptibles d'être réclamés par l'action en retrait, n'a pas entendu perdre le prix dû en échange de cette aliénation, dans le cas où l'éviction se produirait. Le cessionnaire, en supposant naturellement qu'on ne lui ait pas dissimulé la résolution qui le menaçait, a entendu courir l'aléa résultant de cette résolution possible de ses droits. Evidemment les contractants ont tenu compte dans la détermination du prix du péril auquel s'exposait l'acquéreur ; mais il n'a jamais été dans l'intention du cédant de le considérer comme déchargé de ses obligations envers lui du jour où l'éviction serait prononcée.

Demolombe (2) a donné à ce système l'appui de son

1. Pothier, *Traité des retraits*, 1^{re} partie, chap. IX, n° 300.

2. *Revue pratique* 1859, tome VII, page 335.

autorité et voici les raisons qu'il invoque pour n'accorder à l'action en retrait qu'un effet relatif. Le retrait s'effectuant sans l'intervention du cédant, il est juste qu'il ne puisse produire d'effets contre lui ; accepter une solution différente serait se mettre en contradiction avec ce principe fondamental du droit, *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*. Le cédant, en consentant l'aliénation d'une chose soumise au retrait, a entendu contracter, non pas avec telle ou telle personne indifféremment, mais avec une personne qui lui inspirait une confiance particulière et lui offrait de sérieuses garanties ; le mettre ensuite en présence d'un étranger dont il ignore la solvabilité, n'est-ce pas contraire aux notions les plus élémentaires de l'équité ?

Nulle part dans le Code, le législateur ne se prononce sur cette grave question. Dans les articles relatifs aux retraits il n'est fait aucune allusion aux effets engendrés par cette institution. Ces articles fournissent l'indication des différentes conditions exigées en matière de retrait, mais en ce qui concerne les effets de cette faculté on constate dans chacun d'eux la même réserve.

Malgré l'autorité des auteurs qui ont défendu le premier des deux systèmes exposés antérieurement, il est plus logique et plus conforme aux motifs, qui ont guidé les rédacteurs du Code civil, de se ranger à l'opinion émise par Dumoulin et Pothier et reproduite plus tard par Demolombe. Il paraît utile de distinguer soigneusement, pour bien saisir les effets du retrait, les rapports existant

entre le retrayant et le retrayé d'une part, et ceux du retrayant avec le cédant d'autre part.

Dans ses rapports avec le retrayé, le retrayant est censé mis au lieu et place de celui-ci tant activement que passivement. Mais à l'égard du cédant, il n'est censé subrogé au cessionnaire qu'au point de vue actif, le retrayé restant tenu directement envers le vendeur.

La cour de Bordeaux (1) s'est prononcée en faveur de la théorie de Demolombe et elle a reconnu que le retrayé restait tenu de ses obligations envers le cédant.

Des raisons très sérieuses plaident, du reste, en faveur de cette opinion. Les articles 841 et 1699, bien qu'ils ne fassent aucune allusion aux effets du retrait, exigent au nombre des conditions indispensables pour son exercice, le remboursement intégral par le retrayant au cessionnaire et non pas au vendeur : ils ne mettent donc en présence que le retrayant et le cessionnaire et ne parlent aucunement du cédant. Pour être conséquents avec eux-mêmes, les rédacteurs du Code, s'ils avaient eu à se prononcer en faveur de l'un des systèmes étudiés précédemment, auraient dû prendre parti pour l'effet relatif du retrait.

Mourlon, dans un article de la *Revue pratique* (2) a reproché au système de Demolombe d'être en contradiction avec les principes du Code civil, établissant que dans les contrats synallagmatiques les obligations réciproques

1. Bordeaux, 24 juillet 1850 (Dalloz, 1855, II, 214).

2. *Revue pratique de droit français* 1860, tome IX.

des parties se servent mutuellement de cause : l'on vend pour toucher le prix, et l'on paie le prix pour être propriétaire. Or ici le retrayé paiera le prix sans cause, puisqu'il n'est pas acheteur, et chose non moins bizarre, le retrayant doit tout au retrayé dont il ne reçoit rien, et le retrayé tout au cédant qui ne lui a rien donné.

Cette objection très spécieuse ne nous paraît pas porter atteinte au système que nous avons adopté. Mourlon semble exagérer la corrélation qui existe entre les obligations des parties dans les contrats synallagmatiques. Sans doute, au moment de la formation du contrat, les obligations des contractants sont étroitement liées l'une à l'autre, de telle sorte que si l'un d'eux n'exécute pas le contrat, l'autre se trouvera délié par le fait même. Mais il en est autrement après la formation du contrat : ces obligations deviennent indépendantes, et de ce qu'il soit impossible à l'une des parties d'exécuter son engagement, il ne s'ensuit pas nécessairement la libération de l'autre partie. C'est ainsi que, par l'effet du retrait, les droits du cessionnaire disparaissent, mais non ceux du vendeur, irresponsable de l'éviction produite, et qui conserve toujours sa créance contre le cessionnaire. Il ne peut être forcé d'accepter un autre débiteur, puisque cette substitution nécessite une novation, opération juridique qui ne peut avoir lieu sans son consentement.

Les retraits exigeant de la part du retrayant le désintéressement complet du cessionnaire évincé, celui-ci pourra donc se retourner contre le retrayant et lui réclamer la

restitution de toutes les sommes qu'il a payées et qu'il restera devoir. Mais qu'arrivera-t-il si le retrayé s'était fait consentir par le cédant un terme pour sa libération ? Faudra-t-il accorder au retrayant le même bénéfice, et décider qu'il jouira des mêmes délais pour satisfaire à ses obligations envers le retrayé ?

Dans notre ancienne jurisprudence, Dumoulin (1) enseignait l'affirmative. Les coutumes de Melun, Auxerre et Sens étaient aussi de cet avis, à l'inverse de la coutume de Troyes qui réclamait le remboursement immédiat.

Pothier et après lui Hue (2) ont défendu le principe consacré par cette coutume, sous le prétexte que le vœu du législateur de voir le retrayé rendu complètement indemne ne serait pas réalisé si le retrayé restait obligé envers le cédant sans recours immédiat contre le retrayant, puisque le retrayé courrait le risque de ne pas recouvrer la somme dont il reste tenu envers le cédant.

Il nous paraît préférable d'adopter l'opinion de Dumoulin sur cette question. Le retrayant, nous l'avons constaté, est subrogé au marché de l'acheteur primitif retrayé, aux mêmes conditions exactement que celui-ci avait stipulées en contractant, avec les mêmes avantages et les mêmes inconvénients ; il n'est que juste, par conséquent, de lui accorder le bénéfice du terme consenti au cessionnaire (3).

1. Dumoulin, *Des fiefs, Coutume de Paris*, § XX, glose VIII, n° 5.

2. Pothier, *Retrait*, n° 301. — Hue, V. n° 328.

3. Demolombe XVI, n° 144. — Aubry et Rau, VI, p. 531, § 621 *ter*. — Laurent X, n° 383.

On s'est demandé toutefois s'il n'y avait pas lieu, pour garantir le retrayé contre l'insolvabilité du retrayant, d'obliger ce dernier à lui fournir une caution ou d'autres garanties ?

Pothier (1) en reconnaissait la nécessité : « Il sera pourvu à son indemnité par une bonne et suffisante caution. » Et Demolombe était partisan aussi d'imposer cette obligation au retrayant (2).

L'opinion de Mourlon (3) sur la question nous semble plus facile à justifier. Cet auteur est d'avis de ne pas demander cette garantie au retrayant, et cela pour deux raisons : d'abord les articles du Code n'y font aucune allusion, en outre l'effet du retrait est de subroger le retrayant dans l'acquisition faite par le retrayé, en lui imposant la stricte observation des clauses du contrat primitif ; or celui-ci n'étant pas, en vertu de son contrat, tenu à fournir caution, c'eût été, par conséquent, dépasser les termes du marché, et obliger le retrayant plus rigoureusement que ne l'était le retrayé.

Le danger, qui menace le cessionnaire, de se trouver en présence d'un retrayant insolvable, est la conséquence du caractère aléatoire du contrat passé par lui. En acceptant de courir le risque d'être évincé à une époque indéterminée par un tiers dont il ignore bien souvent la

1. Pothier, *Traité des retraits*, loc. cit. n° 304.

2. Demolombe, n° 145. — Aubry et Rau, VI, p. 531, § 621 ter, note 70.

3. Mourlon, *Revue pratique de droit français*, loc. cit.

situation, il s'est exposé à ce péril, et il est naturel de lui faire supporter les conséquences de sa témérité.

Après avoir ainsi dégagé les effets généraux du retrait, et les avoir limités exclusivement aux rapports du retrayant et du retrayé, il paraît nécessaire de préciser ces effets, en examinant les conséquences qu'ils entraînent dans les rapports des parties dont l'intervention est ou a été nécessaire pour qu'il y ait lieu au retrait. Ces parties sont, on l'a vu, au nombre de trois : le cédant et le cessionnaire, puisqu'il n'y a pas de retrait sans cession, et le retrayant pouvant à son gré exercer l'action en retrait, ou y renoncer.

Un premier paragraphe sera consacré à cette analyse ; puis dans un second nous examinerons les effets produits par le retrait à l'égard des tiers.

§ 1 — Des effets du retrait dans les rapports entre le retrayant, le retrayé et le cédant.

I. — *Des rapports entre le retrayant et le retrayé.*

C'est dans les rapports du retrayant et du retrayé que l'action en retrait produit ses effets les plus complets. Le retrayant et le retrayé sont, en effet, les deux parties principales dans cette opération, qui est pour le cédant une *res inter alios acta*. La subrogation, engendrée par le retrait, produit à l'égard du cessionnaire l'effet d'une condition résolutoire accomplie : il en résulte pour celui-ci une éviction complète des droits qu'il avait achetés et en

vertu de l'effet rétroactif attaché à cette condition, le cessionnaire est censé n'avoir jamais eu la propriété de la chose retrayée.

A la suite de cette subrogation, le retrayant a été substitué aux droits et actions du cessionnaire, il est propriétaire de la chose à sa place.

Mais faut-il le considérer comme ayant acquis cette propriété du jour de la cession primitive, ou seulement du jour où le retrait a été opéré ? Demolombe fait très bien ressortir l'importance de cette question en matière de retrait successoral dans l'hypothèse suivante (1) : Une femme se marie sous le régime dotal, en se constituant en dot tous ses biens présents, à une époque où une personne appelée avec elle à recueillir une succession a cédé ses droits successifs ; dans le cas où la femme dotale exercerait le retrait, les droits retrayés seraient-ils dotaux ou paraphernaux ?

Demolombe pense qu'il est impossible de considérer ces biens comme des biens dotaux, car la constitution de dot n'a pas pu comprendre la chose elle-même qui n'existait pas encore au profit de la femme ; celle-ci n'a donc pu apporter en dot que l'action en retrait, simple faculté, d'après Demolombe, soumise à la volonté du retrayant et absolument impropre à figurer dans le patrimoine.

Il nous est impossible d'admettre cette opinion : nous avons toujours regardé le retrait non seulement comme une faculté, mais comme un véritable droit, susceptible,

1. Demolombe, tome XVI, numéro 147 bis, page 155.

par conséquent, de faire partie des biens, et nous lui avons positivement attribué ce caractère en le déclarant, dans le chapitre premier de cette troisième partie, transmissible aux héritiers du retrayant.

En sa qualité de propriétaire, le retrayant bénéficie de tous les avantages qui s'attachent à l'objet retrayé, et supporte toutes les charges dont il est grevé; il peut également en disposer comme il lui plaît, et même le revendre, ainsi que le constate Loysel dans ses *Institutes* (1).

Cette fiction, en vertu de laquelle le retrayant est censé avoir toujours été le propriétaire de la chose retrayée, et le retrayé ne l'avoir jamais été, entraîne plusieurs conséquences très importantes. La première, c'est que la confusion qui aurait pu se produire par suite de l'acquisition est anéantie, et les droits éteints revivent.

La confusion, en effet, n'est pas tant un mode d'extinction définitive des obligations, que l'impossibilité de les exécuter, et il est naturel d'admettre que, l'impossibilité disparaissant, les droits et obligations du retrayé sur l'immeuble renaissent.

On constatera dans le paragraphe suivant une autre conséquence de cette résolution des droits du retrayé.

Le retrayant, en second lieu, n'étant pas censé tenir la chose en vertu d'une nouvelle vente que lui aurait consentie le cessionnaire, l'enregistrement ne pourra pas prélever

1. Loysel, *Institutes coutumières*, livre III, titre V, règle 33.

le droit proportionnel par lui perçu sur les mutations (1), et le retrait portant sur un immeuble ne sera pas davantage soumis aux mesures de publicité prescrites en matière d'aliénations immobilières.

II. — *Des rapports du cédant et du retrayé.*

En vertu du principe du respect des conventions si énergiquement soutenu par Demolombe, le cédant ne peut être forcé de changer de débiteur, et c'est au retrayé seul qu'il réclamera le remboursement du prix encore dû (2). Mais le cédant ne sera-t-il pas à son tour tenu envers le retrayé à certaines obligations résultant du contrat de vente intervenu entre eux ? Ne semble-t-il pas équitable de permettre au retrayé d'invoquer contre le cédant le bénéfice de l'article 1626 ? Le cessionnaire a été évincé de l'objet vendu ; il pourra donc recourir en garantie contre le cédant, qui sera tenu à le dédommager.

On serait tenté d'admettre ce recours, si on ne trouvait un peu plus loin dans le Code, un article destiné à préciser l'intention des rédacteurs de l'article 1626, et restreignant l'application de celui-ci au cas où le cession-

1. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 2160. Gabriel Demante, *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, numéro 717.

2. Laurent, X, n° 389. — Brives-Cazes, *Revue de législat.* 1881, p. 69. — Doublet, *Revue pratique*, IX, 1860, p. 17. — Aubry et Rau, VI, p. 531, § 621 *ter*, note 68. — Huc V, n° 330. — Cassation, 7 janvier 1857. (Dall. 1857, I, 81). — Cassation, 14 novembre 1854 (Sirey, 1855, I, 718).

naire n'a pas eu connaissance des causes d'éviction. « A moins, dit l'article 1629, que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses risques et périls ».

Les dispositions de cet article sont sans nul doute applicables au retrait : il suffit de remplacer les mots « acquéreur » par retrayé, et « éviction » par retrait, pour avoir la réponse à la question. Le cessionnaire d'un droit susceptible d'être retrayé savait, au moment de la vente, à quoi il s'exposait, et il a acheté à ses risques et périls.

Il résulte de ce qui précède que la solution serait différente si le cessionnaire avait ignoré, lors du contrat, la cause d'éviction dont l'objet de son acquisition était affecté. Le cédant, qui par fraude lui aurait dissimulé ce danger, serait tenu, l'éviction se produisant, à l'indemniser du préjudice.

Nous n'admettons ce recours en garantie contre le cédant que si le retrayant n'a pas indemnisé le cessionnaire de l'éviction qu'il lui a fait subir ; car, comme l'enseigne Demolombe (1), l'espèce d'éviction, qui résulte de l'exercice du retrait, emporte pour le retrayant l'obligation de rendre indemne le cessionnaire retrayé « le retrayant ne peut causer le mal, qu'en apportant lui-même le remède. » L'action en garantie ne sera donc qu'une mesure extrême pour le cas où le remède prescrit par la loi n'aurait pas été appliqué.

1. Demolombe t. XVI numéro 143 (3°).

III. — *Des rapports entre le retrayant et le cédant.*

Le retrayant, prenant pour son compte le marché du cessionnaire, est substitué à tous les droits et avantages qui en dérivent, et la personne du retrayé disparaissant, il devient l'ayant cause direct du cédant ; mais il n'en est pas de même au point de vue des obligations : le retrayant n'est aucunement mis à la place du retrayé, en ce qui concerne les engagements contractés par celui-ci envers le cédant, et s'il est tenu à acquitter certaines prestations, c'est au retrayé qu'il les paie et non au cédant. Ce dernier n'aurait pas, dans le cas où le retrayé refuserait de payer, d'action personnelle et directe contre le retrayant pour lui réclamer ce qu'il doit ; car les sommes dues par le retrayé au cédant sont exigibles comme prix du contrat primitif, auquel le retrayant est resté absolument étranger.

Mais en dehors de cette restriction, provenant du caractère particulier du retrait, il n'y a aucune raison pour refuser au cédant les mesures générales édictées par le législateur dans l'intérêt des créanciers, ni le bénéfice des garanties accordées par la loi au vendeur. Le cédant pourra donc, comme créancier du retrayé, invoquer les dispositions de l'article 1166, et comme vendeur, dans le cas où l'objet cédé et retrayé est un immeuble, exercer son privilège, à l'encontre du retrayant ; car en usant de ce droit, ce n'est pas au retrayant qu'ils s'adresse, mais au tiers détenteur de l'immeuble grevé du privilège, et

revendiqué en vertu du droit de suite attribué aux privilèges sur les immeubles (1).

§ 2. — Des effets du retrait à l'égard des tiers.

Le retrait, faisant perdre au retrayé tous les droits qu'il avait sur la chose par lui acquise, résout en même temps les actes de disposition consentis par ce retrayé au profit des tiers : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (2).

Il importe, pour avoir une notion exacte de ces résultats, de faire une distinction dans les effets produits par la subrogation qui s'est opérée. En principe, le retrayé est censé n'avoir jamais été propriétaire ; mais en fait, on ne peut nier que la chose ait été détenue, possédée par lui pendant un certain temps. Comme possesseur, il a pu accomplir certaines améliorations, passer des actes d'administration : ces actes doivent, à n'en pas douter, être maintenus. Mais il n'en est pas de même des actes de disposition : ces derniers sont exclusivement réservés au propriétaire.

Le droit de disposer étant l'attribut du droit de propriété, et le retrayé étant censé n'avoir jamais été propriétaire, il s'ensuit que les actes de disposition par lui réalisés ne doivent pas être respectés : le retrait entraî-

1. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, tome II, n° 560, page 97.

2. Demolombe XVI, n° 141. — Aubry et Rau, VI, p. 531, § 621 *ter*. — Laurent, X, n° 388. — Labbé, *op. cit.* page 149, note 16. — Huc, V, n° 199.

nera la résolution des hypothèques, des servitudes et autres droits réels, constitués par le cessionnaire retrayé.

Quant aux aliénations consenties par le retrayé sur la chose soumise au retrait, il est essentiel de bien préciser l'effet du retrait à leur égard, en distinguant si la cession a été faite avant l'exercice du retrait, ou si elle ne l'a été que depuis cette époque.

1^o La sous-aliénation a eu lieu postérieurement à la demande en retrait.

Dans ce cas l'effet rétroactif s'applique dans toute son extension : le retrayant a acquis, en intentant l'action, un droit que ne saurait lui enlever une donation ou encore moins une aliénation à titre onéreux.

2^o L'aliénation a été faite avant que la demande en retrait ait été formée.

Nous avons examiné précédemment le résultat de cette cession, lorsqu'elle provenait d'un acte à titre gratuit, et nous avons constaté qu'elle rendait le retrait impossible dans l'hypothèse des articles 841 et 1699, et qu'au contraire elle était annulée en vertu de l'article 1408 (§ 2).

Mais que décider si, avant l'exercice du retrait, le cessionnaire à titre onéreux a revendu à un sous-cessionnaire les droits qu'il avait acquis ?

Les mêmes raisons, qui nous ont fait admettre précédemment, en matière de retrait d'indivision, la possibilité pour la femme de faire tomber les libéralités, consenties par le mari sur l'immeuble qu'il avait acheté dans les conditions de l'article 1408 § 2, dictent la même so-

lution relativement aux aliénations à titre onéreux faites par lui. La femme jouit de son droit d'option durant la communauté et pendant trente ans à partir de la dissolution ; si pendant ces délais elle opte dans le sens du retrait, la communauté est censée n'avoir jamais été propriétaire de la portion d'immeuble acquise par le mari, et les aliénations qu'il en a faites comme administrateur des biens communs, sont anéanties par l'effet de la condition résolutoire.

En ce qui concerne les articles 841 et 1699, ils ne comportent pas l'hypothèse de la résolution d'une sous-aliénation ; car cette sous-aliénation devient, par rapport au retrayant, l'aliénation principale. C'est contre le sous-cessionnaire que l'action sera dirigée, non pas en sa qualité d'ayant cause de l'acheteur primitif, mais parce que c'est lui qui se trouve actuellement dans les conditions exigées par les articles 841 et 1699. N'est-ce pas lui, en effet, qui a trouvé dans une cession à titre onéreux le moyen d'intervenir à un partage ou à un procès, et que la loi se propose d'écarter, sans se préoccuper si cette cession vient à la suite d'une ou plusieurs autres.

La grosse difficulté, qui se présente au sujet de cette sous-aliénation à titre onéreux, est de savoir ce que devra rembourser le retrayant pour être substitué dans les droits du cédant : sera-ce le prix de la seconde aliénation ou celui de la cession primitive ?

Pour bien comprendre la question, raisonnons sur l'hypothèse suivante : Primus vend à Secundus un droit li-

tigieux, qu'il a contre Quartus, moyennant un prix de 10.000 francs. Avant que Quartus ait usé de la faculté qui lui est accordée par l'article 1699, Secundus aliène à son tour le droit qui lui a été cédé, et c'est Tertius qui s'en rend acquéreur, contre une somme de 9.000 francs ; Quartus, c'est incontestable, va pouvoir intenter l'action en retrait litigieux contre Tertius, mais quelle est la somme qu'il devra rembourser au retrayé, celle de 10.000 francs montant de la première vente, ou celle de 9.000 francs à laquelle s'est élevé le prix de la seconde cession ?

Si l'on interroge l'ancienne jurisprudence à cet égard, on constate qu'en matière de retrait lignager elle adoptait la première solution : « L'action en retrait, dit Pothier, que le lignager de mon vendeur exerce contre Pierre, est la même action qu'il a droit d'exercer contre moi, dont Pierre est tenu comme possesseur de l'héritage qui y est affecté (1). » Dans notre hypothèse Pierre serait représenté par Tertius, et la personne qui figure sous l'expression *moi* dans l'hypothèse de Pothier, ne serait autre que Secundus dans notre exemple.

L'opinion de Pothier, qui est la plus accréditée pour l'ancien droit, a été reproduite par Labbé (2), Aubry et Rau (3) et Demolombe (4).

1. Pothier, *Des retraits*, 1^{re} partie, chap. IX, art. V, n° 341. — Loy-sel, *loc. cit.* § 38, page 409.

2. Labbé, *Revue critique*, année 1855, volume VI, *étude sur les retraits*, n° 28.

3. Aubry et Rau, tome VI, § 621 *ter*, p. 529 note 56 et texte.

4. Demolombe, *Successions*, tome XVI, n° 110.

D'après Labbé, l'acheteur primitif, qui n'a acquis qu'un droit résoluble, dont la stabilité dépend de la décision que prendra le retrayant, n'a pu transmettre à son ayant cause qu'un droit de même nature et aussi incertain ; la cession qui a été consentie dans ces conditions ne saurait nuire en aucune façon au retrayant, qui ne connaît que le premier acheteur et le prix par lui payé.

Nous pensons devoir interpréter d'une façon différente l'intention des rédacteurs du Code. En ce qui concerne d'abord l'argument historique, fourni par Pothier, nous croyons n'avoir plus à insister sur la différence qui existe entre le retrait lignager, et les retraits de notre législation. Les conditions d'exercice s'écartaient en plusieurs points de celles que prescrit notre Code civil et le but en était tout à fait différent. Le caractère que Tiraqueau et Pothier attribuaient à l'action en retrait lignager, dont ils faisaient une action mixte, à la fois réelle et personnelle, s'accorde très bien avec le système de Labbé ; l'action en retrait étant réelle, le retrayant aura la facilité de poursuivre la chose entre les mains de tout possesseur, mais seulement en sa qualité de détenteur ; quant au prix il le devra toujours au premier cessionnaire, en vertu de son titre de retrayé.

Il n'en est plus de même de notre retrait successoral et du retrait litigieux, qui sont tous deux dirigés contre une personne spécialement désignée par la loi, et qui atteignent le retrayé uniquement à cause de sa qualité d'acheteur ; ce n'est pas le détenteur que le retrayant se

propose d'évincer, mais le spéculateur, dissimulé sous le titre de cessionnaire (1).

Cette question ainsi résolue, que va devenir la différence qui existe entre le prix payé par le premier acheteur, et celui qui a été exigé du sous-cessionnaire ? Secundus a obtenu la première cession pour 10.000 francs, et Tertius s'est fait consentir la revente du même droit pour 9.000 francs seulement : l'écart de prix entre les deux aliénations est donc de 1000 francs. Lequel des deux acquéreurs profitera de cet excédant ? Tertius le conservera-t-il pour lui, ou en devra-t-il compte à Secundus ?

Le système adopté précédemment, et qui consiste à obliger le retrayant au remboursement du prix de la deuxième cession, et non de la première, comme le voulaient Labbé, Demolombe, Aubry et Rau, a l'avantage d'éviter les complications qu'engendre la théorie de ces commentateurs. La question, qui se pose en ce moment, ne se présente en effet que si le retrayant doit payer le prix de la première cession. Labbé et Demolombe, qui avaient été d'accord sur la solution de cette question, se divisent sur le point de savoir lequel des deux acheteurs profitera ou aura à souffrir de la différence des prix.

Labbé attribue au premier acheteur le bénéfice résultant de cet excédant, sous prétexte que ce premier acheteur a bien pu transmettre au second cessionnaire tous les droits réels qu'il avait sur la chose, et qui étaient néces-

1. Besançon, 5 juin 1857. (Dalloz, 1858, II, 411). — Desjardins, *Traité du retrait litigieux*, loc. cit. n° 92.

saires à ce dernier pour se défendre avantageusement contre les tiers ; le premier acheteur qui revend la chose doit la garantie, et par conséquent les actions réelles indispensables à l'acheteur pour faire respecter sa propriété. Quant aux droits personnels, comme ils n'ajoutent aucune garantie à l'acheteur, il est vraisemblable d'admettre que le premier acheteur, en revendant ses droits, ne les a pas transmis au nouveau cessionnaire, et qu'il a conservé en particulier la créance en remboursement, qui lui appartient en cas de retrait exercé.

Demolombe ne partage pas le sentiment de Labbé, et c'est au second cessionnaire qu'il laisse le bénéfice ou la perte résultant de la différence entre les prix des deux cessions ; car en cédant à un sous-cessionnaire le droit qu'il avait acheté, le premier acquéreur s'est engagé dans un contrat aléatoire ; le second cessionnaire a consenti à courir les chances d'une éviction par suite de l'exercice du retrait, il est bien juste aussi qu'il profite des avantages qui peuvent en résulter.

En présence des effets rigoureux produits par le retrait à l'égard des tiers, il semble qu'on doive se préoccuper de leur donner un moyen de connaître la substitution qui s'est opérée, et qui entraîne pour eux des conséquences aussi importantes. On s'est demandé spécialement s'il n'y avait pas lieu, lorsque le retrait s'exerçait sur un im-

1. Troplong, *Traité de la transcription*, n° 247.

2. Laurent, tome XXIX, chap. II, *De la transcription*, n° 110.

meuble, de forcer le retrayant à faire transcrire cette substitution opérée en sa faveur.

Troplong (1), se basant sur l'utilité qu'il y a d'informer les tiers du changement de propriétaire dont les biens ont été l'objet, exige la formalité de la transcription ; et Laurent (2), à propos du retrait d'indivision qu'il considère comme une mutation, se prononce également en faveur de la transcription.

Le retrait n'a rien de commun avec les actes que la loi de 1855 soumet à cette formalité ; le seul de ces actes, avec lequel on pourrait être tenté de le confondre, est la vente ; or, nous croyons avoir suffisamment démontré la différence entre le retrait et les contrats consensuels, pour ne pas revenir sur cette question au sujet de la théorie de Laurent.

Nous répondrons donc à Troplong, que la transcription, loin d'être utile en cette matière, constituerait une mesure superflue. La transcription de la cession primitive a suffisamment fait connaître aux intéressés le contrat qui s'était produit. Les tiers, en prenant connaissance de l'acte transcrit, ont su que l'opération était sujette au retrait et qu'il serait dangereux de contracter avec le cessionnaire (1).

1. Tribunal civil de Pont l'Evêque, 10 janvier 1867. (D. 1867, 3, 24). — Flandin, *Traité de la transcription*, I, nos 244 et 262. — Aubry et Rau, VI, page 530, § 621 *ter*, note 64. — Huc, V, n° 329. — *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, Verbo *retrait*, n° 60. verbo *communauté*, n° 328.

La loi, du reste, n'a exigé la publicité en matière de subrogation que dans un seul cas, celui de la subrogation à une créance privilégiée ou hypothécaire. Cette disposition est exceptionnelle et ne peut, en conséquence, s'étendre aux cas non prévus : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

QUATRIÈME PARTIE

LE RETRAIT EST-IL UNE INSTITUTION LÉGITIME ?

Après avoir étudié dans ses détails l'institution des retraits ; après l'avoir suivie depuis son origine jusqu'à nos jours, il nous reste, pour exécuter le plan que nous nous sommes tracé, à tirer la conclusion des principes établis au cours de notre étude.

C'est en examinant les conséquences d'une institution au double point de vue des avantages et des inconvénients qu'on peut en apprécier la légitimité et l'utilité : elle sera bonne, si les avantages qu'elle procure sont nombreux ; elle sera critiquable par l'excès des inconvénients.

Cette quatrième partie a pour objet de permettre par le rapprochement des avantages des retraits, d'une part, et de leurs inconvénients, d'autre part, d'apprécier la valeur législative des dispositions des articles 841, 1699 et 1408, paragraphe 2.

CHAPITRE I

DES AVANTAGES DES RETRAITS

Nous avons déjà examiné les motifs qui ont provoqué l'institution des trois retraits légaux ; nous avons montré les avantages de ces dispositions en étudiant le fondement de chacune d'elles ; il nous suffira donc de grouper ici ces divers avantages, en résumant en quelques lignes ce que nous avons dit précédemment dans des passages différents.

Par l'article 841 le législateur a voulu empêcher les étrangers de pénétrer dans les familles pour en divulguer les secrets, et aussi d'intervenir comme parties intéressées dans les opérations du partage, afin d'y susciter des complications fâcheuses.

Le retrait litigieux protège le débiteur contre l'âpreté des acheteurs de procès, qui ne se comporteraient pas à son égard avec la même réserve que l'adversaire primitif. C'est donc pour diminuer le nombre des procès, et afin d'éviter les scandales et les inimitiés résultant presque toujours des recours aux tribunaux, qu'a été édicté l'article 1699.

Enfin le retrait de l'article 1408 § 2 a été introduit pour permettre à la femme d'éviter les inconvénients de la copropriété, en faisant cesser l'indivision malgré la volonté contraire du mari. Si la femme, en effet, n'avait pas eu le moyen de réunir à la portion d'immeuble qu'elle possédait en propre, la portion appartenant à ses copropriétaires, et acquise par le mari, l'indivision eût subsisté entre la femme et la communauté, à laquelle le mari aurait attribué le bénéfice du marché avantageux fait par lui.

Tels sont, brièvement résumés, les motifs qui ont inspiré à notre législateur l'introduction des retraits dans le Code civil, et les avantages qui en résultent. Il nous reste à examiner la valeur de ces motifs, et les inconvénients du retrait.

CHAPITRE II

DES INCONVÉNIENTS DU RETRAIT LITIGIEUX ET DU RETRAIT SUCCESSORAL

I. *A l'égard des parties.* — Quelle que soit la valeur des raisons alléguées, pour justifier l'institution du retrait litigieux et du retrait successoral, il nous semble impossible de ne pas considérer la faculté qu'ils engendrent, comme un droit exorbitant et arbitraire très préjudiciable au commerce, et dérogeant gravement à certains principes fondamentaux du droit.

Et d'abord ces retraits portent atteinte au principe de la liberté des conventions, en faisant cesser des relations établies entre deux parties, engagées l'une envers l'autre aux termes d'un contrat régulier. Cette conséquence est considérable, elle diminue les avantages de la propriété, en faisant disparaître une des prérogatives caractéristiques de ce droit, la propriété sans la libre disposition étant illusoire. Or c'est à ce résultat qu'aboutit l'action en retrait. Un individu est propriétaire d'un immeuble ou titulaire d'un droit ; parce que ce droit, cet immeuble deviennent litigieux, il ne pourra plus les aliéner

sans s'exposer à une perte considérable. L'acheteur, informé du danger d'éviction qu'il va courir, n'acceptera le marché qu'à des conditions fort défavorables pour le propriétaire, obligé, s'il est pressé d'argent ou si, pour d'autres raisons, il désire se débarrasser de son bien, de l'abandonner à l'acheteur pour un prix bien inférieur à sa valeur réelle. Ne résulte-t-il pas de cette anomalie une violation des notions les plus élémentaires de l'équité ?

Non seulement les retraits des articles 841 et 1699 constituent une dérogation à l'article 544, en ce qu'ils enlèvent à la propriété son principal attribut, la libre disposition de la chose par le propriétaire ; mais ils sont aussi en opposition avec l'article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ». Les rédacteurs consacrent dans cet article le principe de l'inviolabilité de la propriété ; ils reproduisent ainsi l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, placée en tête de la Constitution des 13-14 septembre 1791 : « La propriété, disait cet article 17, est inviolable et sacrée, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Ce principe fondamental de notre législation se trouve encore une fois méconnu par l'action en retrait.

Il importe de bien distinguer dans cet article 545 les deux prescriptions qui s'y trouvent renfermées. Dans la première partie, les rédacteurs posent le principe de l'in-

violabilité de la propriété ; en vertu de son caractère sacré elle doit être respectée, et nul n'a le droit de lui porter atteinte. La seconde partie mentionne l'unique exception à ce grand principe ; elle consiste dans la possibilité pour un individu d'être exproprié dans le cas seulement où l'utilité publique, légalement constatée, l'exige. On comprend très bien que le législateur ait sanctionné cette dérogation au principe dans le but de donner satisfaction à l'intérêt public ; son rôle consiste à édicter des dispositions conformes au bien général. Or peut-on dire qu'un intérêt supérieur justifie les actions en retraits litigieux et successoral ? Nous ne saurions l'admettre, et l'intérêt général semble, au contraire, réclamer le maintien des conventions et le respect des droits des contractants. D'ailleurs le retrait ne bénéficie qu'à quelques personnes vues favorablement par la loi : Ce sera le cédé en matière de retrait litigieux, et le cohéritier dans le retrait successoral. Il constitue par conséquent une expropriation, sans l'excuse de l'utilité publique.

Examinons maintenant si ces retraits produisent réellement les avantages qui leur sont attribués, et si les motifs, énumérés dans le premier chapitre justifient suffisamment les dérogations graves aux principes fondamentaux, qui viennent d'être constatées. Cet examen nous permettra d'apprécier si le législateur a pris une sage mesure, en faisant survivre les actions en subrogation dans le Code Civil.

Le cessionnaire de droits litigieux ou successifs est un

spéculateur : pour ce motif, le législateur l'a soumis à l'action en retrait. Cette conséquence ne nous paraît pas très équitable. Nous reconnaissons volontiers que les acheteurs de droits successifs ou litigieux agissent dans l'intention de faire une spéculation, mais nous n'admettons pas qu'ils doivent, à cause de cela, mériter la défaveur de la loi. Jusqu'à un certain point, toutes les ventes sont des spéculations : L'acheteur, en passant un marché, y cherche à coup sûr un intérêt ; il juge que la chose représente une valeur particulière pour lui ; il y voit une source de bénéfices, et ce motif n'a rien d'illégitime. Parce que dans certains cas, cette spéculation devient excessive et s'exerce par des moyens malhonnêtes, est-il juste, pour réprimer les abus de quelques personnes peu scrupuleuses, d'imposer une mesure aussi nuisible à l'intérêt général ?

Huc (1) conteste l'opinion de ceux qui attribuent comme fondement aux anciennes actions en subrogation la haine des spéculateurs, et en approuvant la résolution, prise par les rédacteurs du Code Italien de maintenir le retrait litigieux, il donne pour but à ce retrait « d'empêcher souvent des actes d'oppression ». « C'est, ajoute-t-il, l'unique utilité de cette institution, les acheteurs de procès pouvant, en effet, obéir souvent à un sentiment d'hostilité contre le prétendu débiteur, plutôt qu'à une pensée de spéculation ».

Les deux motifs allégués en faveur du retrait successoral reposent sur la nécessité d'empêcher un étranger

1. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, page 238.

de s'introduire dans les familles : 1^o pour en pénétrer les secrets ; 2^o pour entraver les opérations du partage.

Le premier de ces motifs ne nous paraît pas péremptoire, car il n'existe pour ainsi dire pas de succession, sans qu'on ait à constater l'intervention d'un ou plusieurs membres étrangers à la famille ; les héritiers se font souvent remplacer par des mandataires, ou bien ils cèdent leurs droits à titre gratuit ; ou encore n'ayant plus d'autres moyens de crédit que leurs droits successifs, ils sont obligés de subir l'intervention des créanciers en vertu de l'article 1166 du Code civil. La loi ne s'étant nullement préoccupée de l'intervention de ces personnes, on ne s'explique pas pourquoi elle soumettrait à des mesures plus rigoureuses l'étranger, admis en vertu d'une cession à titre onéreux : au point de vue de la divulgation des secrets, cet étranger ne sera pas plus gênant qu'un mandataire, un donataire ou un créancier.

Mais sa présence ne sera-t-elle pas plus gênante que celle de ces personnes, en ce qui concerne la facilité de la liquidation ?

Batbie (1) répond à cette question par la négative, et prétend même que « le cessionnaire peut rendre de grands services. » Il peut arriver, en effet, qu'un cohéritier soit obligé de s'absenter pour une période de temps assez prolongée, ou bien qu'il se trouve dans la nécessité de se procurer promptement des fonds pour une entre-

1. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1866, XXVIII, p. 149.

prise quelconque, qu'il soit désireux enfin de ne pas prendre part aux partages avec des cohéritiers, par suite d'un désaccord ou d'une mésintelligence existant entre eux ; le cohéritier, étant dans une de ces situations, sera heureux de trouver un tiers pour lui acheter ses droits, moyennant le paiement d'une certaine somme ; s'il accepte un prix inférieur à la valeur réelle de ses droits, c'est qu'il considère le bénéfice réalisé par le cessionnaire comme la récompense du service rendu.

Sans discuter le mérite du rôle bienfaisant, attribué par Batbie au cessionnaire, nous sommes d'avis que celui-ci, loin d'apporter le trouble dans les partages, sera, au contraire, très intéressé à se montrer conciliant et à éviter les chicanes. Il agit en vue de s'enrichir, et se propose de tirer parti de la liquidation, il serait bien mauvais spéculateur s'il provoquait par malveillance des contestations dont les inconvénients se retourneraient toujours plus ou moins contre lui, et lui causeraient préjudice (1).

Le retrait successoral est l'objet d'appréciations défavorables de la part d'un certain nombre d'auteurs, qui en demandent la suppression (2).

« Un préjugé seul, a dit M. Colmet de Santerre (3), peut

1. Laurent, tome X, chap. X, sect. IV, n° 341.

2. Laurent, tome X, *loc. cit.* — Desjardins, *Revue pratique*, tome XXX, 1870, page 534. — Aollas, *Droit civil*, tome II, pages 266 à 272. — Huc, *Code civil italien*, tome I, page 232. — Aubry et Rau, § 621 *ter*, t. VI. — *Contra* : Doublet, *Revue pratique* 1860, tome IX.

3. Colmet de Santerre, tome VIII, n° 146 *bis*, I.

expliquer la qualification exagérée, donnée à l'acheteur de procès, qui n'est pas autre chose qu'un spéculateur, un homme qui cherche à courir une chance. L'appeler odieux, alors qu'on ne nomme pas ainsi celui qui emprunte ou achète moyennant une rente viagère, c'est certainement soumettre à deux mesures différentes, l'appréciation de deux faits, qui présentent entre eux une bien grande analogie ».

M. Colmet de Santerre fait, dans cette phrase, le procès de l'opinion de ceux qui reconnaissent au retraits litigieux l'avantage de paralyser les spéculations. Nous avons insisté précédemment sur ce point, en faisant remarquer que les acheteurs de droits litigieux ne sont pas nécessairement des spéculateurs, dans le sens qu'attribuaient à cette expression les lois romaines.

Nous ne comprenons pas, en outre, la faveur accordée par la loi au débiteur cédé. Le retrait, nous avons été appelé maintes fois à le constater, fait retomber tous les désavantages sur le retrayé, et attribue les avantages au retrayant. Le cessionnaire de droits litigieux, que Batbie (1) considère « comme un auxiliaire utile à la justice » ne mérite pas l'éviction dont il est victime. Il a pu rendre service à un créancier incapable d'exercer son droit, ou pressé d'argent ; il n'a rien accompli d'illégitime en le faisant, et il se propose de tirer parti du droit qui lui a été cédé, intention qui ne porte atteinte à aucun principe d'équité.

1. *Revue critique* 1866. *loc. cit.*

La faculté, accordée au débiteur cédé d'éteindre sa dette par l'exercice du retrait, semble favoriser plutôt la mauvaise foi de certains plaideurs. Ce seront, en général, les débiteurs dont la cause est mauvaise qui useront du bénéfice que leur accorde l'article 1699. La personne poursuivie, qui sait ne rien devoir, n'a aucun intérêt à exercer le retrait ; le débiteur convaincu de la faiblesse de sa cause s'empressera, au contraire, d'intenter l'action en retrait, qui lui fournit le moyen de se libérer à meilleur compte. L'équité ne condamne-t-elle pas cette disposition dont l'avantage rejaillit précisément sur celui dont le droit est mauvais ?

Nous serions tenté avec M. Guillouard (1) d'admettre la légitimité du retrait litigieux, comme moyen d'éteindre des procès, si nous n'étions amené à constater, que sauf dans certains cas où ce but est réalisé, dans un grand nombre d'autres l'exercice du retrait en général produit le résultat inverse, en donnant lieu à un grand nombre de nouvelles contestations. Il suffit, pour se convaincre de cet inconvénient, de se représenter les difficultés auxquelles peut donner lieu l'interprétation de l'article 1700.

En admettant que le retrait litigieux ait l'avantage d'éteindre des procès, ce résultat ne justifierait pas suffisamment la dérogation aux principes fondamentaux que nous avons indiquée plus haut. Le débiteur cédé, en provoquant l'éviction du cessionnaire, porte atteinte aux droits de ce dernier, et nous sommes fondés à croire qu'il n'est pas

1. Guillouard, *Traité de la vente*, chap. IV, n° 879.

légitime d'acheter sa tranquillité, en violant les droits d'autrui.

II. *A l'égard des tiers.* — Mais le reproche le plus grave que l'on ait à formuler contre les retraits, trouve son fondement dans les effets produits par eux à l'égard des tiers. La rétroactivité de la condition résolutoire accomplie entraîne la résolution des droits concédés aux tiers sur la chose qui forme l'objet de la convention résolue ; le constituant perdant ses droits, ceux du concessionnaire ne peuvent subsister : *resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis* (1).

Les actions en nullité et en rescision produisent également la résolution des conventions intervenues entre les tiers et la personne dont le droit a été annulé : la résolution qu'entraînent ces actions a pour base non plus l'article 1183, mais le principe qu'un contrat, vicié et annulé par le juge, ne peut produire aucun effet : *Quod nullum est, nullum producit effectum*.

Trois sortes d'actes sont résolubles en vertu de l'effet rétroactif de la condition résolutoire, et de la rescision provenant des actions en nullité et en retrait. Ce sont les aliénations, les constitutions de droits réels et les garanties et voies d'exécution mises à la disposition des créanciers, c'est-à-dire l'affectation hypothécaire des immeubles

1. Demolombe, XVI. n° 142. — Labbé, *Revue critique*, VI, 1855, p. 144. — Laurent, X, n° 386. — Aubry et Rau, VI, page 531, § 621 *ter*, note 64. — Mourlon, *Revue pratique*, IX, page 240. — Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 20, gl. 1 numéros 33 et 78. — Pothier, *Des retraits*, n° 6. — Guillouard, *Contrat de mariage*, II, § 560.

susceptibles d'être retrayés, et la saisie-arrêt, pratiquée par les créanciers du retrayé, leur débiteur, sur les créances qui lui appartiennent en vertu d'une cession soumise à l'application des articles 841 et 1699.

Cette résolution des droits des tiers atteint rigoureusement des particuliers qui souvent auront ignoré les causes de résolution dont la convention primitive était affectée. Elle devient tout à fait critiquable, lorsqu'elle anéantit les constitutions de droits réels consenties par un cessionnaire déjà évincé en vertu des articles 841 et 1699. Il peut arriver qu'un sous-cessionnaire ou un prêteur accepte le risque d'une acquisition ou d'un prêt relatifs à un immeuble soumis au retrait ; mais assurément il ne s'engagerait de la sorte, une fois le retrait exercé, que par ignorance, ou par la mauvaise foi de l'acheteur primitif dépossédé. N'est-il pas étrange que le législateur ne se soit aucunement préoccupé de prémunir les tiers contre les agissements frauduleux du retrayé ?

Nous avons constaté dans la troisième partie que la loi n'exigeait pas la transcription des retraits, et en attribuant à ces droits les caractères d'une subrogation, et non d'une vente, nous avons reconnu qu'ils restaient en dehors des termes de la loi de 1855, relative à la transcription des aliénations immobilières ; toutefois pour faire cesser cette ignorance si préjudiciable aux tiers, n'eût-il pas été équitable d'imposer au retrayant l'obligation de mentionner le retrait en marge de la transcription de la cession primitive ?

Cette formalité est prescrite en matière d'action en nullité et en rescision par l'article 4 de la loi du 23 mars 1855 ; et il y aurait les mêmes raisons pour appliquer cette disposition à la résolution résultant du retrait litigieux ou du retrait successoral (1).

Nous ajouterons, pour terminer avec ces retraits, qu'ils prêtent à un grand nombre de fraudes destinées à en éviter les rigueurs, et qui rendent ces droits absolument illusoires : le mandat, la donation entre-vifs et la majoration du prix de la cession, sont des procédés fréquemment employés pour soustraire les cessions soumises au retrait à l'exercice de cette action. Sans nul doute, les parties intéressées sont autorisées à faire la preuve de ces fraudes, mais celles-ci sont très faciles à dissimuler, surtout quand le cédant, ce qui arrive presque toujours, s'en rend complice. Et si, dans la pratique, l'usage du retrait est si peu répandu, cela provient de l'emploi fréquent de ces moyens de dissimulation.

Législations étrangères. — Il nous paraît utile, avant de nous prononcer d'une façon définitive sur le retrait litigieux et sur le retrait successoral, de parcourir les législations étrangères, et d'y rechercher brièvement l'importance qui est attribuée à l'institution du retrait.

L'idée que l'étude du droit français nous a donnée des retraits, est confirmée par l'étude des législations étrangères : la propriété y est-elle plus ou moins démembrée,

1. *Revue Notariale*, article 817.

divisée quant à ses attributs en un grand nombre de personnes, appartient-elle collectivement à la famille ou à la communauté ? Ou bien simplement subsiste-t-il des traces encore importantes de cet ancien état de choses ? En un mot, l'organisation de la propriété y offre-t-elle des ressemblances avec celle de l'ancien droit français ? On y trouvera des retraits variés comme ceux dont ce droit offrait une si riche collection (retrait de voisinage lignager, de cohéritier, etc).

La propriété a-t-elle, au contraire, un caractère individuel très accentué ? Ressemble-t-elle à la propriété du droit romain classique, ou à celle du Code civil français ? Ou bien il n'existera pas de retrait véritable, au sens où l'ancien droit français entendait l'expression ; ou bien ces retraits seront tout au plus, comme le retrait successoral du Code, la survivance d'un passé disparu, le reste d'une constitution caduque, une épave oubliée par le droit ancien dans le droit nouveau : Ils n'auront aucune importance sérieuse.

Quant au retrait litigieux, c'est-à-dire aux anciennes actions en subrogation, nous les retrouverons, ou nous en aurons l'équivalent, selon la part que le législateur aura faite aux considérations générales, plus juridiques qu'historiques, d'où il dérive. Tout dépendra de l'importance qu'il aura donné, soit au désir d'écarter les spéculateurs et acheteurs de procès, soit à la nécessité de ne pas décourager les transactions par l'introduction de moyens révocatoires. La solution de la question sera sans rela-

tion avec l'organisation de la propriété : On pourra trouver de ces retraits aussi bien dans les pays qui ont consacré la propriété individuelle absolue, que dans ceux qui en sont encore plus ou moins à la propriété collective, et même dans les derniers, peut-être, à l'exclusion des premiers. Tout dépendra des circonstances qui ont pu varier. C'est l'influence romaine qui ici aura été toute puissante.

Il résulte de ces observations que les législations étrangères peuvent, au point de vue qui nous occupe, se diviser en quatre groupes :

I. Celles qui ont conservé des traces de l'ancien droit.

II. Celles qui, à l'instar du droit civil français, reconnaissent le retrait litigieux et le retrait successoral.

III. Les législations encore plus complètement imbues des principes du droit romain, et qui ne consacrent qu'un seul retrait, le retrait litigieux.

IV. Certaines législations qui rejettent absolument la pratique du retrait.

I.

Le *droit civil Germanique (Allemagne et Autriche) consacre une institution analogue au retrait de voisinage, qui existait déjà longtemps avant le moyen âge. De même qu'à cette époque on accordait aux voisins, habitant la même Marche, le droit de reprendre l'immeuble vendu sans le consentement par l'un des habitants de la Marche, de même le droit civil Germanique accordait par le

« droit des plus proches héritiers », la faculté pour ceux-ci pendant l'an et jour, de reprendre l'immeuble aliéné par leur parent, des mains de l'acheteur, en lui remboursant le prix d'achat.

Le droit allemand exige trois conditions principales pour ce retrait : 1° Qu'il y ait une vente, et non une donation ou un échange. 2° Que le demandeur ait qualité pour se prévaloir de cette faculté de rachat : Il s'ensuit que ce droit est personnel et, par conséquent, non transmissible. 3° Que le retrayant accomplisse certaines prestations (1).

L'institution des retraits, ainsi organisée, n'était plus de droit commun en Allemagne, elle variait de législation en législation. On verra plus loin que la nouvelle législation, uniforme pour tout l'Empire, l'a complètement rejetée.

Le droit Russe nous offre un exemple frappant de l'idée, dont nous avons déjà rencontré tant d'autres manifestations. Parmi les législations européennes, c'est incontestablement une de celles, où les caractères de la propriété se sont le mieux maintenus. La famille a conservé en partie encore son ancienne autonomie et sa forte organisation ; aussi trouve-t-on dans la législation de ce pays la trace de certaines dispositions, destinées dans l'ancienne jurisprudence à sauvegarder les droits de la communauté : le retrait permet aux membres d'une même famille de racheter les biens patrimoniaux, vendus à une

1. *Traité de droit civil germanique*, E. Lehr.

personne qui n'est pas de leur parenté. Ce droit résulte de la distinction des biens, en biens patrimoniaux, c'est-à-dire recueillis d'une façon quelconque ou acquis d'une personne de la famille, et biens acquêts, c'est-à-dire provenant d'une personne étrangère à la famille (1).

Cette institution est soumise à la plupart des règles de notre ancien droit, les mêmes causes ayant produit les mêmes effets ; et elle offre beaucoup de ressemblances avec notre ancien retrait lignager. Le lignager ne s'appliquait qu'à certains biens, les propres ; le retrait familial en Russie ne s'applique qu'aux biens patrimoniaux.

C'était aux héritiers les plus proches qu'appartenait la faculté d'exercer le retrait lignager, il en est de même du retrait en Russie.

Les ayants-droit ont, dans la législation Russe ; comme en droit coutumier, la faculté de renoncer à l'exercice du retrait. Les remboursements enfin exigés du retrayant sont les mêmes pour le retrait familial que pour le retrait lignager.

On ne peut méconnaître toutefois l'existence de quelques différences entre le retrait du droit Russe, et le retrait de nos anciennes coutumes. Ce n'est qu'au bout de trois années que le retrayant est déchu de la faculté d'exercer le retrait en Russie ; le lignager ne pouvait être exercé que pendant l'an et jour.

En Russie le retrait donne lieu à la perception des mêmes droits de mutation que l'achat, disposition rigou-

1. Lehr, *Eléments de droit civil russe*, p. 491.

reuse, et qui est en opposition avec la nature véritable du retrait.

Le retrait est très fortement organisé dans le droit civil Péruvien (1), où il est admis dans des cas multiples. La législation Péruvienne accorde ce droit : 1° au débiteur, à son conjoint et à ses enfants, pour la vente judiciaire à requête des créanciers ; 2° à l'indivisaire, pour la vente de l'immeuble indivis ; 3° à l'associé, pour les choses sociales ; 4° à celui qui a le domaine utile, pour la vente du domaine direct ; 5° à celui qui a le domaine direct, pour la vente du domaine utile ; 6° aux parents jusqu'au quatrième degré, pour la vente faite par leurs parents ; 7° au possesseur d'un fonds, lors de la vente des capitaux ou des rentes qui l'affectent ; 8° au propriétaire, dans le cas de vente de l'usufruit ; 9° à l'usufruitier, pour la vente de la nue propriété ; 10° au propriétaire des capitaux et autres charges, pour la vente du fonds grevé.

Ces différents retraits sont soumis à des règles uniformes, présentant de nombreuses analogies avec celles qui régissent les retraits du Code civil français. On peut y constater cependant certaines particularités relatives : 1° au délai qui est ordinairement de deux mois ; 2° à la transmission du droit du retrayant, incessible et intransmissible ; 3° à la préférence accordée à certaines personnes, dans le cas de concours : Lorsque plusieurs membres d'une famille prétendaient à l'exercice du retrait, on favorisait

1. De la Grasserie, *Code civil péruvien*, pages 177-181 (Ce Code a été exécutoire le 28 juillet 1852).

le parent le plus proche en degré ; à lien égal, la femme avait la préférence pour les biens urbains, et l'homme pour les biens ruraux, comme ayant plus d'aptitudes, à cause de sa force musculaire, aux travaux que nécessite la culture ; 4° à l'extinction du droit de retrait : Si l'acheteur est parent à un certain degré du vendeur, cette parenté est un obstacle à l'exercice du retrait, et cette faculté disparaît.

L'article 1523 du Code civil Espagnol (1) accorde aux propriétaires des fonds limitrophes le droit d'exiger le retrait en cas de vente d'un fonds rural dont la contenance n'excède pas un hectare. Cette disposition ne témoigne-t-elle pas à son tour de la survivance du retrait de voisinage dans cette législation (2) ?

On remarque que le droit de retrait a été fort usité en Espagne, aujourd'hui encore on trouve dans cette législation différents retraits. Le lignager *retracto de comuneros*, ou droit compétant au propriétaire d'une chose indivise de racheter la partie de cette chose, vendue à un étranger. Le droit de retrait des propriétaires, direct et utile, ou droit pour chacun d'eux d'acquérir à prix égal et de préférence à tout autre amateur, celle des deux parts de propriété dont il n'est pas investi.

II

La propriété est d'un caractère beaucoup trop indivi-

1. Fuzier Hermans, *Répertoire général*, V. *Retrait successoral*.
— Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, II^e partie.

2. Levé, *Code civil espagnol* (promulgué le 24 juillet 1889).

duel en Belgique et dans les cantons Suisses de Vaud, de Neuchâtel et de Fribourg, l'influence française ou romaine y a été trop considérable pour que les retraits aient conservé une grande importance dans la législation de ces pays.

Ils ont été dominés par l'exemple du Code civil ; eux aussi ont conservé quelques règles, peu d'accord avec le texte de la législation, mais qui sont un reste affaibli du passé, ou un emprunt à notre Code civil français.

Le retrait successoral a persisté comme en droit français dans ces pays, et les règles en sont visiblement inspirées par celles du Code. Le Code belge (1) qui a de nombreuses analogies avec notre législation, reproduit sous les mêmes articles les dispositions relatives aux trois retraits légaux.

L'article 761 du Code civil du canton de Vaud, appliqué depuis 1821, est la reproduction de l'article 841 ; et l'article 844 du Code civil de Neuchâtel complète l'article 841, en étendant les dispositions de cet article aux créanciers intervenant au partage ; par suite, ces derniers peuvent être écartés des opérations, en recevant le paiement de leurs créances.

Enfin au chapitre, VI section I, le Code fribourgeois renferme des dispositions analogues à celles de l'article 841.

Pareillement à ce que nous avons constaté dans notre Code civil, la rédaction des articles qui consacrent le retrait successoral dans les législations étrangères, est

1. Jules de le Court, *Les Codes belges*.

d'une extrême concision, et c'est à l'interprétation qu'il appartient d'en déterminer les conditions d'exercice, et les effets. Ces conditions et ces effets ne varient guère d'une législation à l'autre, et les rares différences qu'on y relève ne portent en général que sur des questions de délai, de point de départ de l'action, de sa durée, etc.

A considérer la place qui est faite dans toutes les législations au retrait litigieux, on serait tenté si l'on ne connaissait ses graves inconvénients, de le regarder comme une institution des plus heureuses. Les différents Codes, que nous venons de passer en revue et qui admettent le retrait successoral, sanctionnent à plus forte raison le retrait litigieux, puis qu'ils se sont inspirés soit de notre Code civil lui-même, soit des principes du droit romain. C'est ainsi que l'article 1699 de notre Code se trouve retracé dans les termes de l'article 1535 du Code civil espagnol ; que le Code civil chilien (1), traite en détail la question de la cession des droits litigieux ; et que nos articles relatifs au retrait litigieux, sont reproduits par les articles 1199, 1200 et 1201 du Code civil du canton de Vaud, avec cette modification pourtant, renfermée dans l'article 1201 relatif aux exceptions, qu'il n'exempte pas du retrait la cession faite par le débiteur au créancier en paiement de ce qui lui est dû, disposition moins satisfaisante que celle de notre article 1701, qui fournit au débiteur un moyen facile et équitable de se libérer.

1. Ce Code est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1857 (Raoul de la Grasserie, pages 320 et suivantes).

III

En outre, un certain nombre de législations, tout en s'inspirant des considérations d'où le droit romain et surtout l'ancien droit avaient tiré leurs règles spéciales sur les cessions de droit litigieux, n'ont pas étendu, comme les législations dont nous venons de parler, les règles concernant les cessions de droits litigieux aux cessions de droits successifs. Telles sont la législation Italienne, qui a rejeté le retrait successoral, et les législations Portugaise, Égyptienne et Mexicaine (1) qui ne consacrent que le retrait litigieux, soumis dans chacune d'elles à des règles analogues et à des conditions d'exercice invariables.

IV

Ainsi qu'on peut en juger par l'étude de ces législations, l'usage du retrait, sauf dans quelques rares pays qui rappellent le Moyen Age, a beaucoup diminué dans les législations modernes ; j'ajouterai que dans quelques-unes même il est totalement supprimé. Les Codes néerlandais, les législations du canton de Zurich et du canton des Grisons ne reconnaissent pas la faculté exceptionnelle qui résulte du retrait. Peut-être disparaîtra-t-il des différentes législations, au fur et à mesure que leurs constitutions seront révisées. Le nouveau Code civil allemand,

1. *Code civil portugais*, promulgué le 1^{er} juillet 1857. Lepelletier, page 153. — *Droit égyptien*, Octave Borelli, page 144. — *Code mexicain*, mis en vigueur en 1871 (De la Grasserie p. 128).

qui a été promulgué le 18 août 1896, et n'entrera en vigueur dans toute l'étendue de l'empire qu'à partir du 1^{er} janvier 1900, et qui réunit, a dit un auteur (1), « toutes les qualités d'ordre, de logique, de développement intégral, d'emploi de formules compréhensives et générales, de sobriété de réglementation et prohibition », ne parle de retrait ni dans les articles relatifs au transport des créances, ni dans le chapitre des successions.

M. Boissonnade, dans son projet de Code civil pour l'empire du Japon (2), propose de ne reconnaître aucun retrait, même le retrait litigieux, et de n'appliquer la prohibition de la loi française qu'aux cessions de droits litigieux, consenties à des personnes, qui, par leur position ou ministère, pourraient influencer la décision des juges.

1. De la Grasserie, *Projet de Code civil allemand* (préface).

2. Boissonnade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon*, t. III, page 231.

CONCLUSION

Nous considérons donc le retrait litigieux et le retrait successoral comme des institutions inutiles et illégitimes, et nous sommes persuadés, qu'au moment où le Code subira les réformes nécessitées par les modifications survenues dans la condition des personnes et des choses dans l'espace d'un siècle, le législateur, guidé par ces considérations, et frappé des anomalies et des inconvénients de ces deux retraits, fera disparaître « ces droits rigoureux, qui violent les conventions libres, sans apporter de remède bien appréciable » (1).

Seul le *retrait d'indivision* échappe à la critique, car les avantages qu'il procure ne sont pas rendus illusoires par les inconvénients considérables que l'on constate dans les deux autres retraits. Ces inconvénients ne se produisent guère dans le retrait d'indivision, en tous cas ils y sont bien atténués.

1° La possibilité du retrait d'indivision ne crée pas pour les copropriétaires de la femme la situation désavantageuse, qui est faite aux cédants par les deux retraits des articles 841 et 1699 ; et cette éventualité ne fait subir aucune dépréciation aux biens possédés par ces copro-

1. Boissonnade, *loc. cit.*

priétaires, car la femme n'a le droit d'exercer le retrait que contre son mari, l'acquisition de tout autre acheteur restant inattaquable ; cet acheteur, en conséquence, n'ayant à craindre aucune revendication n'a pas de raison pour offrir de la chose un prix inférieur à sa valeur. Le mari lui-même n'a d'ailleurs aucun intérêt à agir de la sorte, connaissant la faculté qu'a la femme de lui retirer les parts acquises par lui, et il est certain que la plupart du temps, le mari, en achetant la part des copropriétaires de la femme, sera guidé par ce mobile que celle-ci est copropriétaire par indivis.

2° Quant au principe de la liberté des conventions, violé par les articles 841 et 1699, il est respecté par l'article 1408, § 2. Ce qui rend précisément critiquables le retrait litigieux et le retrait successoral, c'est ce droit exorbitant d'exproprier un cessionnaire, accordé à une personne envers laquelle ce cessionnaire n'a aucune espèce d'obligation. Il n'en est pas de même du retrait d'indivision ; le retrayé, c'est-à-dire le mari, puisqu'il représente la communauté, en acceptant ce régime, a contracté envers la femme l'engagement d'administrer les propres de celle-ci ; c'est en vertu de ce lien étroit qu'il est tenu de faire bénéficier la femme de l'acquisition avantageuse relative à ses biens propres qu'il a pu faire ; et il était juste de donner à la femme le moyen de lui retirer le bénéfice de l'acquisition effectuée dans ces conditions, s'il abusait de ses pouvoirs pour se l'approprier.

3° Le crédit public est lui aussi moins menacé que dans

les autres retraits. Sans doute en matière de retrait litigieux et de retrait successoral, le retrayant peut, dans l'intérêt des tiers, renoncer à son droit, mais cette renonciation sera souvent difficile à obtenir dans ces retraits. Dans l'hypothèse de l'article 1408, les tiers se la feront consentir aisément, s'il s'agit pour la communauté d'un marché avantageux; et la femme aura un moyen très simple de manifester sa renonciation, en concourant à l'acte d'aliénation, ou constitutif de droits réels.

Enfin les fraudes, dont nous avons parlé à propos du retrait litigieux et du retrait successoral, seront peu fréquentes, le mari ne devant point être tenté d'entraver une appropriation si légitime.

On ne peut donc blâmer le législateur d'avoir accordé à la femme cette prérogative, destinée elle aussi à contrebalancer les pouvoirs considérables du mari sous le régime de la communauté légale.

Aussi nous estimons, qu'il est indispensable d'en assurer la conservation, en constatant que le droit d'option, consacré par l'article 1408-2°, a été une des plus heureuses innovations de la législation actuelle.

VU :

Le professeur, président de la thèse,

AMBROISE COLIN.

VU :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- Acollas.** — Droit civil, tome II et III (2^e édition, Paris, 1874).
- Aubry et Rau.** — Cours du Code civil, tome IV (4^e édition, Paris, 1871); — tome V (4^e édit., Paris, 1872); — tome VI (4^e édit., Paris, 1873).
- Bathie.** — Revue critique, 1866. — Le Correspondant, janvier 1866.
- Babinet.** — Revue de droit français et étranger, tome II, 1845.
- Baudry et Le Courtois.** — Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de mariage, I, Paris, 1897.
- Baudry et Wahl.** — Traité théorique et pratique de droit civil, Des successions, II (Paris, 1895).
- Bellet des Minières.** — Traité du contrat de mariage, tome IV (Poitiers, 1825).
- Bérard des Glajeux.** — Revue critique, 1865 (1^o), tome XXVI.
- Bippert et Bornaud.** — Code civil du canton de Vaud (Lausanne, 1885, 4^e édition).
- Boissonnade.** — Projet de Code civil pour l'empire du Japon. T. III (Tokio, 1891).
- Borelli (Octave).** — La législation égyptienne annotée (Le Caire, 1892).
- Boulet.** — Des retraits sous le Code civil (Paris, 1888).
- Bourjon.** — Du droit commun de la France et de la coutume de Paris. Tome I (Paris, MDCCCLXX).
- Brives-Cazes.** — Revue de législation, 1851, tome XI.
- Championnière et Rigaud.** — Des droits d'enregistrement, tome III.
- Charondas (Le Caron).** — Œuvres. Pandectes de droit français « Du retrait », livre II (Paris, MDCXXXVIII).
- Chénou.** — Nouvelle revue historique, 1892.
- Cochin.** — Œuvres, tome V (Paris, MDCCCLIV).
- Colmet de Santerre.** — Cours analytique de droit civil. Tomes VII et VIII.

Coquille (Guy). — Coutume du Nivernais (nouvelle édition par Dupin, Paris, 1864).

Corpus juris civilis. — Sentences de Paul. Livre III, titre IV.

Digeste. Loi 78, livre 23, titre III.

Loi 27, livre IV, titre I « De rei vindicatione ».

Gaius. Commentaires II et IV

Code. Constitution 14. Livre IV. Titre 38

« De contrahenda emptione ».

Loi 2. Livre IV. Titre 66.

Constitutions II-III-IV. Livre VIII.

Titre 37 « De Litigiosis. »

Constitutions 1 et 2, livre IV, titre 35.

Lois 22, 23 et 24, livre IV, titre 35

« Mandati vel contra ».

Dalloz. — Répertoire verbis « Retrait. — Contrat de mariage ».

Delom de Mezerac. — Du retrait d'indivision (Thèse, Paris, 1886).

Demante. — Cours analytique de droit civil, tome III (Paris, 1885).

— — Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement (2^e édition, 1862).

Demolombe. — Cours de Code civil « Traité des successions », t. XVI (4^e édition, 1870). — Revue pratique, 1859, tome VII.

Dérôme. — Revue critique de législation, 1858, tome XIII.

Desjardins. — Traité du retrait litigieux, revue pratique, 1870, tome XXX.

Doublet. — Revue pratique, 1860, tome IX.

Dumoulin (Charles). — Coutume de Paris, titre I « des fiefs ».

Duplessis. — Œuvres « De la Coutume de Paris », tome I, traité XI (Paris, MDCCCLIV).

Duranton. — Cours de droit civil, tome XVI « De la vente » (Paris, 1846, 3^e édit.). — Tome XIV « Traité du contrat de mariage » (Paris, 1846, 3^e édit.). — Tome VII « traité des successions » (3^e édit., Paris, 1834).

De Ferrière. — Commentaire de la coutume de Paris, tome II (Paris, MDCLXXXV).

Flandin. — Traité de la transcription en matière hypothécaire, tome I (Paris, 1861).

Folleville (de). — Contrat de mariage, tome I (Paris, 1883).

- Fuzier Herman.** — Répertoire général, tome IX. Verbo « Cession de droits litigieux ». — Tome X., Verbo « succession ».
- Garsonnet.** — Histoire des locations perpétuelles (Paris, 1879).
- Grasserie** (de la). — Le Code civil chilien (Paris, 1896).
- Le Code civil mexicain (Paris, 1896) et péruvien (Paris, 1896). — Projet de Code civil allemand (Paris, 1893 ; Paris, 1897).
- Grimaudet.** — OEuvres (Paris, 1623).
- Guillouard.** — Traité de la vente, tome II (Paris, 1891, 2^e édition). — « Du contrat de mariage », tome II (Paris, 1886).
- Guyot.** — Répertoire de jurisprudence, tome XV. Verbo « Retrait » (Paris. MDCCLXXXV).
- Héan.** — « Du retrait successoral ». Revue pratique, 1864, tome XVIII.
- Huc (Th.).** — Commentaires du Code civil, tome V « Des successions » (Paris, 1893). — Tome IX « Du contrat de mariage » (Paris 1896). — Tome X, article 1699 (Paris, 1897). — Traité de la cession et de la transmission des créances, tome II (Paris, 1891). — Le Code civil italien et le Code Napoléon (Paris, 1868).
- Isambert.** — Recueil des anciennes lois françaises, tomes XII-XIV-XVI-XXII.
- Labbé.** — Revue critique, 1855, tome VI.
- Labori.** — Répertoire de droit français, tome XIV. Verbo « Retrait litigieux ».
- Laisné des Hayes.** — Théorie du retrait d'indivision (Caen, 1867).
- Lamoignon.** — Arrêtés, tome I (Nouvelle édition, 1783).
- Larombière.** — Des obligations, tome I (Paris, 1857)
- Laurent.** — Principes de droit civil « Des successions », tome X (Bruxelles, 1874) ; — « De la communauté », tome XXI (Bruxelles, 1876, 2^e édit.) ; — « De la transcription », tome XXIX (Bruxelles, 1878).
- Lebrun** — Traité de la communauté, livre I, chapitre V, tome II (Paris, 1714) ; — Traité des successions, livre IV, chapitre II (5^e édition, Paris, MDCCXLIII).
- Lehr.** — Traité de droit civil germanique (Paris, 1892) ; — Eléments de droit civil russe (Paris, 1877).
- Le Court (de).** — Les Codes belges (10^e édition, Bruxelles, 1893).
- Lepelletier.** — Le Code civil portugais (Paris, 1894).

- Leroy. — « Du retrait litigieux » (thèse, Paris, 1882).
- Levé. — Le Code civil espagnol (Paris, 1890).
- Loché. — Législation civile et commerciale de la France. T. XIV (Paris, 1828).
- Loysel. — Institutes coutumières, tome I (Nouvelle édition, par Dupin, Paris, 1848).
- Marcadé. — Tome V, sur l'article 1408 ; — Tome VI, sur l'article 1699. — Revue critique, 1851, tome I.
- Mourlon. — Revue pratique, 1860, tome IX.
- Meulenaere (O de). — Traduction du nouveau Code civil allemand (Paris, 1897).
- Merlin. — Répertoire de jurisprudence, tome XV. Verbo « Retrait ».
- Pont. — Revue critique, 1851, tome I.
- Pothier. — Traité des retraits et de la vente, tome III (nouvelle édition, par Siffrein, Paris, 1821) ; — Traité de la communauté, t. VIII (Paris, 1822) ; — Traité des fiefs, tome XI (Paris, 1821).
- Proudhon. — De l'usufruit, tome IV (2^e édit., Dijon, 1836).
- Riston. — Du retrait d'indivision (Paris, 1890).
- Rodière et Pont. — Traité du contrat de mariage, tome I (2^e édit., Paris, 1869).
- Rossel. — Manuel de droit civil de la Suisse Romande (Genève, 1886).
- Rousseau de la Combe (du). — Recueil de la jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier (Paris, 1746). Verbo « transport ».
- Roussilhe. — Traité de la dot (Clermont-Ferrand, MDCCLXXXV).
- Terrat (Barthélemy). — Des retraits (Thèse, Versailles, 1872).
- Tiraqueau. — Commentarii duo « de utroque retroactu » parag., 26, glose 1 (Paris, MDCXVIII).
- Toullier. — Contrat de mariage, tome XII (Paris, 1830) ; — De la vente, tome XVIII (2^e édition, Paris, 1835).
- Tripels. — Les codes néerlandais (Mœstricht, 1886).
- Troplong. — De la vente, tome II (Paris, 1834) ; — De la communauté, tome I ; — Traité de la transcription, tome XVI (2^e édition, Paris, 1864) ; — Sociétés, tome II (Paris, 1843).
- Vaslin. — Coutume de la Rochelle, tome I, article 22 (La Rochelle, MDCCLVI).
- Weiss. — Pandectes du droit français. Contrat de mariage, tome I (1886).
- Zacharie. — Droit civil français, tomes III, -IV, -V (Paris, 1854). (Continué par Massé et Vergé).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
PREMIÈRE PARTIE	
HISTORIQUE	7
I. — Droit romain.	7
II. — Ancien Droit français	19
III. — Droit intermédiaire	49
DEUXIÈME PARTIE	
DES RETRAITS SOUS LE CODE CIVIL, ET DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX TROIS RETRAITS ADMIS PAR CE CODE	
<i>Chapitre I.</i> — Du retrait successoral.	56
§ I. — Origine de ce retrait.	56
§ II. — But de ce retrait.	57
§ III. — Des conditions exigées pour qu'il y ait lieu à ce retrait	59
§ IV. — Des personnes qui peuvent l'exercer, et de celles contre lesquelles il s'exerce	61
§ V. — Du délai pendant lequel ce retrait peut être exercé.	70
§ VI. — Ce retrait est-il applicable au partage d'une communauté ou d'une société ?	72
<i>Chapitre II.</i> — Du retrait litigieux	75
§ I. — Origine de ce retrait.	75
§ II. — Fondement du retrait litigieux	77
§ III. — Des conditions exigées pour ce retrait. . . .	79
§ IV. — Jusqu'à quelle époque ce retrait peut- il être exercé ?	83
§ V. — Ce retrait s'applique-t-il à la cession d'un meuble et d'un immeuble litigieux ? . . .	89

§ VI. — Des cas où la cession de droits litigieux échappe à l'action en retrait . . .	92
Appendice. — Du pacte « De quota litis », ce pacte donne-t-il lieu au retrait litigieux ? .	
<i>Chapitre III.</i> — Du retrait d'indivision	97
§ I. — Du lien entre les deux paragraphes de l'article 1408.	97
§ II. — Historique de ce retrait.	101
§ III. — Du caractère de l'acquisition réalisée par le mari.	109
§ IV. — Des conditions de ce retrait	111
§ V. — Par qui et contre qui ce retrait peut-il être exercé ?	121
§ VI. — A quelle époque et dans quel délai la femme doit-elle opter ?	122
§ VII. — Des effets du retrait d'indivision . .	124

TROISIÈME PARTIE

DES QUESTIONS COMMUNES AUX TROIS RETRAITS DU CODE. DES EFFETS DU RETRAIT

<i>Chapitre I.</i> — Des personnes qui peuvent exercer le retrait, et de celles qui doivent le subir	128
Section I. — Des personnes auxquelles est accordé l'exercice du retrait.	128
§ I. — Le droit d'exercer le retrait est-il transmissible aux héritiers du retrayant ?	129
§ II. — Les créanciers du retrayant peuvent-ils exercer le retrait à sa place ?	132
Section II. — Contre quelles personnes l'action en retrait est-elle accordée ?	135
<i>Chapitre II.</i> — Du caractère que doit avoir la cession qui donne lieu au retrait.	138
<i>Chapitre III.</i> — Des prestations que doit effectuer le retrayant pour bénéficier du retrait.	143
Section I. — De la restitution du prix.	144
Section II. — De la restitution des frais et loyaux coûts.	148
Section III. — Du remboursement des intérêts. .	150

Section IV. — De la restitution des dépenses, faites sur la chose retrayée	152
Section V. — Dans quel délai doivent avoir lieu ces restitutions ?	154
<i>Chapitre IV.</i> — De la nature et des effets du retrait	157
Section I. — Nature du retrait	157
Section II. — Effets du retrait	163
§ I. — Des effets du retrait dans les rapports entre le retrayant, le retrayé et le cédant . .	172
I. — Des rapports entre le retrayant et le retrayé.	172
II. — Des rapports entre le retrayé et le cédant	175
III. — Des rapports entre le retrayant et le cédant	177
§ II. — Des effets du retrait à l'égard des tiers.	178

QUATRIÈME PARTIE

LE RETRAIT EST-IL UNE INSTITUTION LÉGITIME

<i>Chapitre I.</i> — Des avantages des retraits.	188
<i>Chapitre II.</i> — Des inconvénients du retrait successoral et du retrait litigieux	190
I. — A l'égard des parties	190
II. — A l'égard des tiers	198
<i>Législations étrangères</i>	200
<i>Conclusion.</i> — Justification du retrait d'indivision . .	214

